



COMMISSIONE
EUROPEA

Bruxelles, **XXX**
[...](2021) **XXX** draft

ANNEX

SENSITIVE*
UNTIL ADOPTION

ALLEGATO

della

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE

Approvazione del contenuto del progetto di

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE
COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE
Orientamenti sulle restrizioni verticali

* Distribution only on a 'Need to know' basis - Do not read or carry openly in public places. Must be stored securely and encrypted in storage and transmission. Destroy copies by shredding or secure deletion. Full handling instructions <https://europa.eu/db43PX>

ALLEGATO
COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE
COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE
Orientamenti sulle restrizioni verticali
PROGETTO DI

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE
Orientamenti sulle restrizioni verticali

Indice

1.	Introduzione	3
1.1.	Finalità e struttura dei presenti orientamenti.....	3
1.2.	Applicabilità dell'articolo 101 agli accordi verticali	4
2.	Effetti degli accordi verticali.....	5
2.1.	Effetti positivi.....	6
2.2.	Effetti negativi.....	9
3.	Accordi verticali che non rientrano di norma nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1	10
3.1.	Assenza di pregiudizio al commercio, accordi di importanza minore e PMI	10
3.2.	Accordi di agenzia commerciale	12
3.2.1.	Definizione degli accordi di agenzia commerciale	12
3.2.2.	L'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, agli accordi di agenzia commerciale .	17
3.2.3.	L'agenzia e l'economia delle piattaforme online	19
3.3.	Accordi di subfornitura	19
4.	Ambito di applicazione del VBER.....	20
4.1.	La "zona di sicurezza" istituita dal VBER	20
4.2.	Definizione di accordo verticale	20
4.2.1.	Il comportamento unilaterale non rientra nell'ambito di applicazione del VBER	21
4.2.2.	Le imprese operano a diversi livelli della catena di produzione o di distribuzione...	22
4.2.3.	Gli accordi riguardano l'acquisto, la vendita o la rivendita di beni o servizi	22
4.3.	Accordi verticali nell'economia delle piattaforme online	23
4.4.	Limiti all'applicazione del VBER	24
4.4.1.	Associazioni di dettaglianti.....	24
4.4.2.	Accordi verticali contenenti disposizioni relative ai diritti di proprietà intellettuale (DPI).....	25
4.4.3.	Accordi verticali tra imprese concorrenti.....	28

4.5.	Relazione con altri regolamenti di esenzione per categoria.....	31
4.6.	Principali tipi di sistemi di distribuzione	32
4.6.1.	Sistemi di distribuzione esclusiva	33
4.6.2.	Sistemi di distribuzione selettiva	39
4.6.3.	Accordi di franchising.....	47
5.	Definizione del mercato e calcolo della quota di mercato	49
5.1.	Comunicazione sulla definizione del mercato	49
5.2.	Calcolo delle quote di mercato ai sensi del VBER	49
5.3.	Calcolo delle quote di mercato ai sensi del VBER	50
6.	Applicazione del VBER.....	51
6.1.	Restrizioni fondamentali previste dal VBER.....	51
6.1.1.	Imposizione di prezzi di rivendita.....	53
6.1.2.	Restrizioni fondamentali a norma dell'articolo 4, lettere da b) a d), VBER	58
6.1.3.	Restrizioni delle vendite di pezzi di ricambio.....	70
6.2.	Restrizioni che sono escluse dal VBER	70
6.2.1.	Obblighi di non concorrenza di durata superiore a cinque anni.....	70
6.2.2.	Obblighi di non concorrenza dopo la scadenza.....	71
6.2.3.	Obblighi di non concorrenza imposti a membri di un sistema di distribuzione selettiva	71
6.2.4.	Obblighi di parità	72
7.	Revoca e non applicazione.....	72
7.1.	Revoca del beneficio del VBER (articolo 29 del regolamento (CE) n. 1/2003).....	72
7.2.	Regolamento che dichiara che il VBER non si applica (articolo 6 VBER).....	75
8.	Politica di applicazione della normativa nei casi individuali.....	76
8.1.	Quadro dell'analisi.....	76
8.1.1.	Fattori pertinenti per la valutazione a titolo dell'articolo 101, paragrafo 1	77
8.1.2.	Fattori pertinenti per la valutazione a titolo dell'articolo 101, paragrafo 3	80
8.2.	Analisi di restrizioni verticali specifiche.....	82
8.2.1.	Monomarchismo	82
8.2.2.	Accordi di fornitura esclusiva	88
8.2.3.	Restrizioni sul ricorso ai mercati online.....	90
8.2.4.	Restrizioni nell'uso di strumenti di confronto dei prezzi	93
8.2.5.	Obblighi di parità	95
8.2.6.	Pagamenti anticipati per l'accesso.....	100
8.2.7.	Accordi di gestione per categoria.....	102
8.2.8.	Vendita abbinata.....	103

1. INTRODUZIONE

1.1. Finalità e struttura dei presenti orientamenti

- (1) I presenti orientamenti definiscono i principi da applicare ai fini della valutazione degli accordi verticali e delle pratiche concordate ai sensi dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea¹ (in appresso "l'articolo 101") e del regolamento (UE) [n. [X]/2022] della Commissione, del [[X] 2022], relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate² (in appresso "il regolamento di esenzione per categoria – VBER"). A scopo di semplificazione, salvo diversa indicazione, nei presenti orientamenti il termine "accordo" comprende anche le pratiche concordate.
- (2) Con i presenti orientamenti la Commissione intende fornire alle imprese uno strumento per valutare autonomamente gli accordi verticali alla luce delle regole di concorrenza dell'UE. Tuttavia ogni accordo deve essere valutato alla luce delle circostanze specifiche³. I presenti orientamenti non possono pertanto essere applicati in maniera meccanica e non pregiudicano inoltre la giurisprudenza del Tribunale e della Corte di giustizia dell'Unione europea (in appresso "CGUE").
- (3) Gli accordi verticali possono essere conclusi per beni e servizi intermedi e finali. Salvo diversamente precisato, i presenti orientamenti si applicano a tutti i tipi di beni e servizi e a tutti i livelli della catena commerciale.
- (4) Essi sono strutturati nel modo seguente:
 - questa prima sezione è un'introduzione che include spiegazioni sul motivo per cui la Commissione fornisce orientamenti sugli accordi verticali e in che misura. La parte restante illustra il contesto in cui l'articolo 101 si applica agli accordi verticali;
 - la seconda sezione fornisce una panoramica degli effetti positivi e negativi causati dagli accordi verticali. Il VBER in tutti i suoi elementi, i presenti orientamenti e la politica della Commissione in materia di applicazione della normativa nei casi individuali si basano sulla considerazione di tali effetti;
 - la terza sezione riguarda gli accordi verticali che non rientrano di norma nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. Sebbene il VBER non si applichi a tali accordi, è necessario fornire orientamenti riguardo alle condizioni in base alle quali gli accordi verticali non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1;
 - la quarta sezione fornisce ulteriori orientamenti sull'ambito di applicazione del VBER. Include spiegazioni in merito alla "zona di sicurezza" istituita dal VBER e la definizione di un accordo verticale. Questa sezione si occupa inoltre in modo più specifico degli accordi verticali in relazione all'economia delle piattaforme online, che svolge un ruolo sempre più importante nella distribuzione di beni e servizi e in cui la classificazione degli accordi verticali

¹ I presenti orientamenti sostituiscono la comunicazione della Commissione "Orientamenti sulle restrizioni verticali" (GU C 130 del 19.5.2010, pag. 1).

² GU L [X] del [X].[X].[X], pag. [X].

³ La Commissione continuerà a monitorare il funzionamento del VBER e i presenti orientamenti e potrà rivedere i presenti orientamenti alla luce degli sviluppi futuri.

tra imprese nell'ambito dei concetti tradizionalmente associati agli accordi verticali può risultare difficile. Tale sezione spiega anche i limiti dell'ambito di applicazione del VBER, come stabilito dall'articolo 2, paragrafi da 2 a 4, VBER, e il rapporto con altri regolamenti di esenzione per categoria ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 8, VBER. Contiene inoltre una descrizione dei principali tipi di sistemi di distribuzione. Tale descrizione interessa varie disposizioni del VBER, in particolare l'elenco di restrizioni fondamentali di cui all'articolo 4, lettera b), VBER;

- la quinta sezione riguarda la definizione dei mercati rilevanti e il calcolo delle quote di mercato delle imprese parti contraenti di un accordo verticale. Essa consente di valutare se vengono superate le soglie della quota di mercato di cui all'articolo 3, VBER, che determinano l'applicabilità di quest'ultimo;
- la sesta sezione riguarda le restrizioni fondamentali di cui all'articolo 4 VBER, e le restrizioni escluse di cui all'articolo 5 VBER, comprese le spiegazioni sul motivo per cui sia rilevante la qualifica di restrizione fondamentale o di restrizione esclusa;
- la settima sezione contiene orientamenti sulla revoca del beneficio del VBER ai sensi dell'articolo 29 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato⁴ (in appresso "regolamento (CE) n. 1/2003") e dei regolamenti che dichiarano che il VBER non si applica ai sensi dell'articolo 6 VBER;
- l'ottava sezione descrive la politica di applicazione della normativa nei casi individuali da parte della Commissione. A tal fine essa spiega come gli accordi verticali sono valutati ai sensi dell'articolo 101, paragrafi 1 e 3, al di fuori dell'ambito di applicazione del VBER e fornisce orientamenti in merito a un elenco non esaustivo di accordi verticali specifici.

1.2. Applicabilità dell'articolo 101 agli accordi verticali

- (5) L'obiettivo dell'articolo 101 è garantire che le imprese non utilizzino gli accordi, siano essi orizzontali o verticali⁵, per impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza sul mercato a scapito in ultima istanza dei consumatori. L'articolo 101 persegue anche l'obiettivo più ampio della realizzazione di un mercato interno integrato⁶, che promuove la concorrenza nell'Unione europea. Le imprese non possono utilizzare gli accordi verticali per ricostituire barriere di natura privata fra gli Stati membri, là dove le barriere statali sono state abolite.

⁴ GUL 1 del 4.1.2003, pag. 1.

⁵ Ai fini dell'applicazione del VBER, "gli accordi verticali" sono definiti all'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), VBER come "gli accordi o le pratiche concordate conclusi tra due o più imprese, operanti ciascuna, ai fini dell'accordo o della pratica concordata, ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione, e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi". La sezione 4.2. dei presenti orientamenti fornisce ulteriori indicazioni sulla definizione.

⁶ Cfr. ad esempio le sentenze nella causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company/Commissione*, EU:C:1973:22, punti 25-26; nella causa C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, EU:C:2011:83, punto 22; nella causa C-209/10, *Post Danmark A/S/Konkurrencerådet*, EU:C:2012:172, punti 20-24 e la causa C-413/14 P, *Intel Corp. Inc./Commissione*, EU:C:2017:632, punto 133.

- (6) L'articolo 101 si applica agli accordi verticali e alle restrizioni negli accordi verticali che pregiudicano il commercio tra gli Stati membri e che impediscono, restringono o falsano il gioco della concorrenza⁷. Esso fornisce un quadro giuridico per la valutazione delle restrizioni verticali⁸, tenendo conto della distinzione fra effetti anticoncorrenziali e effetti favorevoli alla concorrenza.- L'articolo 101, paragrafo 1 vieta gli accordi che restringono o falsano la concorrenza in maniera significativa, mentre l'articolo 101, paragrafo 3 esenta gli accordi di cui all'articolo 101, paragrafo 1, che producono sufficienti vantaggi in termini di efficienza, tali da compensare i loro effetti anticoncorrenziali⁹.
- (7) Sebbene non esista una sequenza obbligatoria, la valutazione degli accordi verticali comporta in linea generale le fasi seguenti:
- (a) innanzitutto le imprese interessate devono stabilire le quote di mercato del fornitore e dell'acquirente sul mercato dove essi, rispettivamente, vendono e acquistano i beni o servizi oggetto del contratto;
 - (b) se le rispettive quote di mercato rilevante del fornitore e dell'acquirente non superano la soglia della quota di mercato del 30 %, l'accordo verticale beneficia della "zona di sicurezza" istituita dal VBER, ammesso che non includa né restrizioni fondamentali né restrizioni escluse che non possano essere separate dal resto dell'accordo verticale;
 - (c) se la quota di mercato rilevante è superiore alla soglia del 30 % per il fornitore e/o per l'acquirente, è necessario valutare se la restrizione verticale rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1;
 - (d) se l'accordo verticale rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, è necessario esaminare se siano soddisfatte le condizioni per un'esenzione individuale a titolo dell'articolo 101, paragrafo 3.

2. EFFETTI DEGLI ACCORDI VERTICALI

- (8) La valutazione delle restrizioni verticali ai sensi dell'articolo 101 e l'applicazione del VBER devono prendere in considerazione tutti i parametri pertinenti della concorrenza, quali i prezzi, la produzione in termini di quantità, qualità e varietà dei prodotti e l'innovazione. Esse devono anche tener conto del fatto che gli accordi verticali tra imprese operanti a diversi livelli della catena di produzione o di distribuzione sono in genere meno pregiudizievoli rispetto agli accordi orizzontali conclusi tra concorrenti che forniscono beni o servizi fungibili. In linea di principio ciò è dovuto alla natura complementare delle attività delle parti di un accordo verticale, in base alla quale normalmente le azioni favorevoli alla concorrenza di una

⁷ Cfr. inter alia le sentenze nelle cause riunite C-56/64 e C-58/64, *Grundig-Consten/Commissione*, EU:C:1966:41; la causa 56/65, *Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, EU:C:1966:38; e la causa T-77/92, *Parker Pen/Commissione*, EU:T:1994:85.

⁸ Ai fini dell'applicazione del VBER, le "restrizioni verticali" sono definite all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), VBER come "restrizioni della concorrenza *rientranti* nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato [corsivo aggiunto]". La sezione 3 dei presenti orientamenti fornisce ulteriori indicazioni sugli accordi verticali che *non rientrano* di norma nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1.

⁹ Cfr. la comunicazione della Commissione "Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato" (GU C 101 del 27.4.2004, pag. 97) per quanto riguarda la metodologia generale della Commissione e l'interpretazione delle condizioni di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, e in particolare dell'articolo 101, paragrafo 3.

delle imprese avvantaggiano l'altra parte dell'accordo e in definitiva i consumatori. A differenza degli accordi orizzontali, le parti di un accordo verticale tendono quindi ad avere buoni motivi per concordare prezzi inferiori e livelli di servizio più elevati, il che va anche a beneficio dei consumatori. La natura complementare delle attività delle parti di un accordo verticale nell'immettere beni o servizi sul mercato fa anche sì che le restrizioni verticali possano produrre vantaggi considerevoli in termini di efficienza, ad esempio ottimizzando i processi di fabbricazione o di distribuzione e i servizi.

- (9) Le imprese che detengono potere di mercato possono cercare di utilizzare le restrizioni verticali per perseguire scopi anticoncorrenziali che in ultima analisi danneggiano i consumatori. Il potere di mercato è la capacità di mantenere i prezzi ad un livello superiore al livello competitivo o di mantenere la produzione, in termini di quantità, di qualità e di varietà dei prodotti o di innovazione, ad un livello inferiore al livello competitivo per un periodo di tempo non trascurabile. Il grado di potere di mercato richiesto di norma per constatare una violazione ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, è inferiore al grado di potere di mercato richiesto per constatare una posizione dominante ai sensi dell'articolo 102. Tuttavia, data la natura complementare delle attività delle parti di un accordo verticale, l'esercizio di un potere di mercato da parte di un'impresa a monte o a valle è normalmente pregiudizievole per la domanda dei beni o dei servizi oggetti del contratto da parte dell'altra impresa parte contraente dell'accordo verticale. Le imprese parti contraenti dell'accordo verticale hanno pertanto buoni motivi per impedire alla loro parte contrattuale di esercitare un potere di mercato.

2.1. Effetti positivi

- (10) Gli accordi verticali possono avere effetti positivi, ad esempio i prezzi più bassi, la promozione della concorrenza non basata sui prezzi e il miglioramento della qualità dei servizi. Le relazioni tra fornitori e acquirenti secondo le normali condizioni di concorrenza, che portano esclusivamente a determinare il prezzo e la quantità per una data transazione, possono spesso dare origine a un livello subottimale di investimenti e vendite, poiché non tengono conto delle esternalità derivanti dalla natura complementare delle attività del fornitore e dei suoi distributori. Tali esternalità rientrano in due categorie: le esternalità verticali e le esternalità orizzontali.
- (11) Le esternalità verticali insorgono a causa del fatto che le decisioni e le azioni adottate a diversi livelli della catena di fornitura e di distribuzione determinano aspetti della vendita di beni o servizi, quali il prezzo, la qualità, i servizi correlati e la commercializzazione, i quali influiscono non solo sull'impresa che prende le decisioni ma anche su altre imprese che operano ad altri livelli della catena di fornitura e di distribuzione. Ad esempio un distributore può non trarre tutti i vantaggi derivanti dagli sforzi sostenuti per migliorare le vendite, poiché una parte di tali vantaggi può andare al fornitore. Infatti per ogni unità in più che il distributore vende abbassando il proprio prezzo di rivendita o aumentando i propri sforzi di vendita, il fornitore trae un beneficio se il suo prezzo all'ingrosso supera i suoi costi di produzione marginali. Vi può essere pertanto un'esternalità positiva per il fornitore grazie a tali azioni del distributore. Per contro vi possono essere situazioni in cui il fornitore può ritenere, dal suo punto di vista, che il distributore applichi prezzi troppo elevati¹⁰ e/o compia sforzi di vendita troppo limitati.

¹⁰ Talvolta denominato "problema della doppia marginalizzazione".

- (12) Le esternalità orizzontali possono insorgere tra i distributori degli stessi beni o servizi quando un distributore non è in grado di fruire pienamente dei vantaggi derivanti dai propri sforzi di vendita. Ad esempio i servizi pre-vendita al fine di incentivare la domanda forniti da un distributore, come la consulenza personalizzata in relazione a determinati beni o servizi, possono portare a un aumento delle vendite da parte dei distributori concorrenti che offrono gli stessi beni o servizi e quindi incentivare i distributori ad avvantaggiarsi dei servizi onerosi forniti da altri. In un ambiente di distribuzione "omnichannel" (online e offline) il fenomeno del parassitismo può verificarsi in entrambe le direzioni¹¹. Ad esempio i clienti possono recarsi in un punto vendita non virtuale per esaminare beni o servizi od ottenere altre informazioni utili su cui basare la propria decisione di acquisto, ma poi ordinare il prodotto online da un distributore diverso. Al contrario i clienti possono raccogliere informazioni nella fase di preacquisto (ad esempio ispirazione, informazione e valutazione) da un negozio online e poi recarsi in punto vendita non virtuale, chiedere e esaminare determinati beni o servizi sulla base di queste informazioni e infine acquistare offline nel punto vendita non virtuale. Quando tale fenomeno di parassitismo è reso possibile e il distributore che fornisce servizi pre-vendita non è in grado di fruire pienamente dei vantaggi di tali servizi, la fornitura di questi servizi rischia di essere subottimale sia in termini di quantità che di qualità.
- (13) In presenza di tali esternalità, i fornitori sono incentivati a controllare determinati aspetti delle attività dei loro distributori. Gli accordi verticali possono in particolare consentire ai fornitori di internalizzare gli effetti esterni menzionati in precedenza, aumentare i profitti comuni della catena verticale di fornitura e di distribuzione e in certe circostanze il benessere dei consumatori.
- (14) I presenti orientamenti intendono fornire un quadro completo delle varie motivazioni che possono giustificare le restrizioni verticali, ma non pretendono di essere né completi né esaustivi. Le ragioni seguenti possono giustificare l'applicazione di talune restrizioni verticali.
- (a) La questione dell'esternalità verticale o il problema della doppia marginalizzazione: il fornitore può evitare la fissazione di un prezzo troppo elevato da parte del distributore, che non tiene conto dell'effetto delle sue decisioni sul fornitore, imponendo un prezzo massimo di rivendita al distributore. Per aumentare gli sforzi di vendita del distributore, il fornitore può ad esempio utilizzare la distribuzione selettiva o la distribuzione esclusiva.
 - (b) Il problema di parassitismo: il parassitismo tra acquirenti può verificarsi a livello di grossisti o dettaglianti, in particolare qualora il fornitore non possa imporre a tutti gli acquirenti requisiti effettivi in materia di promozione o di servizi. Il parassitismo tra acquirenti è possibile solo nei servizi pre-vendita e in altre attività promozionali, ma non nei servizi post-vendita che il distributore può addebitare ai propri clienti a livello individuale. Gli sforzi di pre-vendita nell'ambito dei quali è possibile che si verifichi il parassitismo possono essere importanti ad esempio quando i beni o servizi sono relativamente nuovi, tecnicamente complessi o di valore elevato o quando la reputazione dei beni o

¹¹ Cfr. il documento di lavoro dei servizi della Commissione – *Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation* (SWD(2020) 172 final), 10.5.2017, pag. 31-42, e studio di valutazione a cui si fa riferimento; Commissione, "Relazione finale sull'indagine settoriale sul commercio elettronico" (COM(2017) 229 final), 10 maggio 2017, punto 11.

dei servizi è un fattore determinante della loro domanda. Restrizioni del tipo "obbligo di non concorrenza" possono contribuire a risolvere il problema del parassitismo tra fornitori.

- (c) Aprire o accedere a nuovi mercati: qualora un fornitore intenda entrare in un nuovo mercato geografico, ad esempio esportando in un altro paese, il distributore dovrà effettuare specifici investimenti irrecuperabili per affermare il marchio sul mercato. Per convincere un distributore locale ad effettuare tali investimenti, potrebbe essere necessario fornire una protezione territoriale in modo tale che il distributore possa recuperare questi investimenti. Ciò può giustificare l'imposizione della restrizione ai distributori situati in altri mercati geografici a vendere sul nuovo mercato (cfr. anche il punto 167 dei presenti orientamenti). Si tratta di un caso particolare di forma di parassitismo di cui alla lettera b).
- (d) La questione del parassitismo di certificazione: in certi settori, taluni dettaglianti sono rinomati per vendere esclusivamente prodotti di qualità o prestare servizi di qualità (i cosiddetti "distributori del segmento alto del mercato"). In un tal caso, vendere tramite questi distributori può essere essenziale, in particolare per il lancio di un nuovo prodotto. Se il fornitore non può limitare le sue vendite ai distributori del segmento alto del mercato, corre il rischio di vedersi eliminato dal listino. Ciò significa che potrebbe essere giustificato permettere l'imposizione della distribuzione esclusiva o della distribuzione selettiva.
- (e) Il problema di rinuncia all'investimento: vi sono talora investimenti specifici per un determinato cliente che devono essere realizzati o dal fornitore o dall'acquirente, come nel caso di investimenti in attrezzature speciali o formazioni specifiche. Si pensi ad esempio a un fabbricante di componenti che potrebbe dover costruire nuovi macchinari e attrezzature per soddisfare una particolare esigenza di uno dei suoi clienti. Qualora questi investimenti specifici per un determinato cliente non possano essere realizzati sulla base di un contratto diretto o possano esserlo solo in modo incompleto, l'impresa in questione potrebbe non essere in grado di impegnarsi a realizzare il livello ottimale di investimenti dal punto di vista del fornitore e, una volta selezionato da quest'ultimo, l'acquirente può solo realizzare investimenti subottimali. Gli accordi verticali possono contribuire a eliminare o alleviare tale problema di impegni.
- (f) Lo specifico problema della rinuncia all'investimento che può derivare in caso di trasferimento consistente di know-how: il know-how trasferito non può essere recuperato ed è possibile che il fornitore del know-how voglia evitare che sia utilizzato per o dai suoi concorrenti. Nella misura in cui il know-how non è facilmente accessibile all'acquirente, è sostanziale ed è indispensabile per il funzionamento dell'accordo, il trasferimento può giustificare una restrizione del tipo "obbligo di non concorrenza" che in tali casi non rientrerebbe di norma nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1.
- (g) Economie di scala nella distribuzione: per veder sfruttate le economie di scala e garantirsi pertanto un prezzo al dettaglio inferiore per i propri beni o servizi, il produttore può decidere di concentrarne la rivendita presso un numero limitato di distributori. A tal fine potrebbe utilizzare la distribuzione esclusiva,

quantitativi minimi d'acquisto, la distribuzione selettiva che comporti un tale obbligo o l'approvvigionamento esclusivo.

- (h) Uniformità e standardizzazione della qualità: una restrizione verticale può contribuire a creare un'immagine del marchio imponendo ai distributori un certo grado di uniformità e di standardizzazione della qualità, rendendo in questo modo i beni e i servizi in questione più allettanti per i consumatori finali e quindi le vendite. Ciò vale ad esempio per la distribuzione selettiva e il franchising.
 - (i) Imperfezioni del mercato dei capitali: i fornitori di capitali, come le banche e i mercati azionari, possono concedere prestiti in modo subottimale quando dispongono di informazioni imperfette sulla solvibilità del mutuatario o quando vi è una base inadeguata per garantire il prestito. L'acquirente o il fornitore possono disporre di informazioni migliori ed essere in grado, tramite una relazione esclusiva, di ottenere una garanzia aggiuntiva per il loro investimento. Se è il fornitore a concedere il prestito all'acquirente, ciò potrebbe determinare per quest'ultimo l'imposizione di un "obbligo di non concorrenza" o "di quantitativi minimi di acquisto". Se è invece l'acquirente a concedere il prestito al fornitore, ciò potrebbe dar luogo ad una restrizione del tipo "fornitura esclusiva" o "imposizione di quantitativi minimi di fornitura" nei confronti del fornitore.
- (15) Le nove situazioni elencate al punto precedente evidenziano che in linea generale gli accordi verticali possono contribuire a conseguire vantaggi in termini di efficienza e a sviluppare nuovi mercati, il che potrebbe compensarne i possibili effetti negativi. Quanto precede è particolarmente vero per le restrizioni verticali che agevolino il lancio di beni o servizi nuovi e complessi o proteggano investimenti specifici ad un rapporto contrattuale. Talora una restrizione verticale può essere necessaria per l'intero periodo in cui il fornitore vende i suoi beni o servizi all'acquirente (cfr. in particolare le situazioni descritte alle lettere a), b), f), g) e h) del punto precedente).
- (16) Vi è una grande fungibilità tra le diverse restrizioni verticali. Se ne può dedurre che un medesimo problema di inefficienza potrebbe essere risolto con diverse restrizioni verticali. Ad esempio si potrebbero realizzare economie di scala nella distribuzione utilizzando la distribuzione esclusiva, la distribuzione selettiva, l'imposizione di quantitativi minimi o l'approvvigionamento esclusivo. Gli effetti negativi sulla concorrenza possono variare da una restrizione verticale all'altra, un fattore che deve essere preso in considerazione quando si valuta il carattere indispensabile di una restrizione alla luce dell'articolo 101, paragrafo 3.

2.2. Effetti negativi

- (17) Gli effetti negativi sul mercato che possono derivare da restrizioni verticali e che il diritto dell'UE in materia di concorrenza è volto a prevenire sono in particolare i seguenti:
- (a) preclusione anticoncorrenziale del mercato ad altri fornitori o ad altri acquirenti, per mezzo della creazione di barriere all'ingresso o all'espansione;

- (b) indebolimento della concorrenza tra il fornitore e i suoi concorrenti e/o agevolazione della collusione (esplicita o tacita) fra tali fornitori¹², spesso denominata riduzione della concorrenza tra marchi;
 - (c) indebolimento della concorrenza tra l'acquirente e i suoi concorrenti o agevolazione della collusione (esplicita o tacita) fra tali acquirenti. Tuttavia è improbabile che una riduzione della concorrenza all'interno del marchio (ossia la concorrenza tra i distributori di beni o servizi dello stesso fornitore) determini di per sé effetti negativi per i consumatori se la concorrenza all'interno del marchio (ossia la concorrenza tra i distributori di beni o servizi di fornitori diversi) è forte;
 - (d) creazione di ostacoli all'integrazione dei mercati, tra cui in particolare limitazioni alla scelta dei consumatori di acquistare beni o servizi nello Stato membro.
- (18) La preclusione del mercato, l'indebolimento della concorrenza e la collusione a livello dei fornitori possono danneggiare i consumatori, in particolare aumentando i prezzi all'ingrosso dei beni o dei servizi (il che a sua volta può determinare prezzi al dettaglio più elevati), limitando la scelta di beni o servizi, abbassandone la qualità o riducendo il livello d'innovazione a livello dei fornitori. La preclusione del mercato, l'indebolimento della concorrenza e la collusione a livello dei distributori possono danneggiare i consumatori, in particolare aumentando i prezzi al dettaglio dei beni o dei servizi, limitando la scelta della combinazione prezzo-servizio e dei formati di distribuzione, abbassando la disponibilità e la qualità dei servizi al dettaglio e riducendo il livello d'innovazione della distribuzione.
- (19) In un mercato in cui i singoli dettaglianti distribuiscono il marchio o i marchi di un unico fornitore, una riduzione della concorrenza tra i distributori dello stesso marchio determinerà una riduzione della concorrenza all'interno del marchio tra tali distributori, ma può non avere un effetto negativo sulla concorrenza tra i distributori in generale. In tal caso, se la concorrenza tra marchi è forte, è improbabile che una riduzione della concorrenza all'interno del marchio abbia effetti negativi per i consumatori.
- (20) I potenziali effetti negativi delle restrizioni verticali sono rafforzati quando vari fornitori organizzano nello stesso modo i rapporti commerciali con i propri acquirenti, determinando in questo modo i cosiddetti effetti cumulativi¹³.

3. ACCORDI VERTICALI CHE NON RIENTRANO DI NORMA NELL'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 101, PARAGRAFO 1

3.1. Assenza di pregiudizio al commercio, accordi di importanza minore e PMI

- (21) Prima di affrontare la questione dell'ambito di applicazione del VBER, della sua applicazione e più in generale della valutazione degli accordi verticali ai sensi dell'articolo 101, paragrafi 1 e 3, è importante ricordare che il VBER si applica solo agli accordi che rientrano *nell'*ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1.

¹² Per quanto riguarda le nozioni di collusione esplicita e tacita, cfr. la sentenza nelle cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö e altri/Commissione*, EU:C:1993:120.

¹³ Gli effetti cumulativi possono in particolare giustificare una revoca del beneficio del VBER, cfr. la sezione 7.1. dei presenti orientamenti.

- (22) Gli accordi non suscettibili di pregiudicare in modo significativo gli scambi fra Stati membri (assenza di pregiudizio al commercio) o che non restringono sensibilmente il gioco della concorrenza (accordi di importanza minore) non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato¹⁴. La Commissione ha fornito orientamenti in merito all'assenza di pregiudizio al commercio nella comunicazione della Commissione – Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio di cui agli articoli 81 e 82 del trattato¹⁵ (in appresso "linee direttrici sul pregiudizio al commercio") e sugli accordi di importanza minore nella comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea¹⁶ (in appresso "comunicazione "de minimis""). I presenti orientamenti lasciano impregiudicati le linee direttrici sul pregiudizio al commercio e la comunicazione "de minimis", nonché gli eventuali orientamenti futuri della Commissione al riguardo.
- (23) Le linee direttrici sul pregiudizio al commercio stabiliscono i principi sviluppati dai tribunali dell'Unione per interpretare la nozione di pregiudizio al commercio e indicano quando è improbabile che gli accordi siano suscettibili di pregiudicare in modo significativo gli scambi fra Stati membri. Esse includono una presunzione relativa negativa applicabile a tutti gli accordi ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, indipendentemente dalla natura delle restrizioni contenute nell'accordo, applicandosi pertanto anche agli accordi che contengono restrizioni fondamentali¹⁷. In base a tale presunzione, in linea di principio gli accordi verticali non sono in grado di pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri quando i) la quota di mercato aggregata delle parti su qualsiasi mercato rilevante all'interno dell'Unione interessato dagli accordi non supera il 5 % e ii) il fatturato aggregato annuo dell'Unione del fornitore realizzato con i prodotti a cui si applica l'accordo non è superiore a 40 milioni di EUR¹⁸. La Commissione può confutare tale presunzione solo qualora l'analisi delle caratteristiche dell'accordo e del contesto economico in cui si inserisce dimostri il contrario.
- (24) Come indicato nella comunicazione "de minimis", gli accordi verticali conclusi dai non concorrenti sono in linea generale considerati al di fuori dell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, quando la quota di mercato detenuta da ciascuna parte dell'accordo non supera il 15 % su nessuno dei mercati rilevanti interessati dall'accordo¹⁹. Tale norma generale è soggetta a due eccezioni. Innanzitutto, per quanto riguarda le restrizioni fondamentali, l'articolo 101, paragrafo 1, si applica indipendentemente dalle quote di mercato delle parti²⁰. Un accordo idoneo a pregiudicare il commercio tra Stati membri e avente un oggetto anticoncorrenziale può infatti, per sua natura e indipendentemente da qualsiasi effetto

¹⁴ Cfr. la sentenza nella causa C-226/11, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence*, EU:C:2012:795, punti 16 e 17 e la giurisprudenza ivi citata.

¹⁵ GU C 101 del 27.4.2004, pag. 81.

¹⁶ GU C 291 del 30.8.2014, pag. 1.

¹⁷ Linee direttrici sul pregiudizio al commercio, punto 50.

¹⁸ Linee direttrici sul pregiudizio al commercio, punto 52.

¹⁹ Comunicazione "de minimis", punto 8, che include anche una soglia di quota di mercato per gli accordi tra concorrenti effettivi o potenziali, secondo il quale tali accordi non restringono sensibilmente la concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, quando la quota di mercato aggregata detenuta dalle parti dell'accordo non supera il 10 % su nessuno dei mercati rilevanti interessati dall'accordo.

²⁰ Cfr. le sentenze nella causa 5/69, *Völk/Vervaecke*, EU:C:1969:35; nella causa 1/71, *Cadillon/Höss*, EU:C:1971:47 e nella causa C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent*, EU:C:1998:173, punti 16 e 17.

concreto, costituire una restrizione sensibile del gioco della concorrenza²¹. In secondo luogo le soglie della quota di mercato del 15 % sono ridotte al 5 %, quando sul mercato rilevante la concorrenza risulti limitata dall'effetto cumulativo di reti parallele di accordi. I punti da 241 a 243 dei presenti orientamenti si occupano degli effetti cumulativi nel contesto della revoca del beneficio del VBER. La comunicazione "de minimis" chiarisce che in linea generale si ritiene che fornitori o distributori individuali la cui quota di mercato non superi il 5 % non contribuiscano in misura significativa all'effetto cumulativo di preclusione²².

- (25) Inoltre non si presume che gli accordi verticali conclusi da imprese, di cui almeno una o più detengono una quota di mercato individuale superiore al 15 %, violino automaticamente l'articolo 101, paragrafo 1. Tali accordi possono comunque non avere un effetto significativo sul commercio fra Stati membri o possono non costituire una restrizione sensibile della concorrenza²³. Essi devono quindi essere valutati nel loro contesto giuridico ed economico. I presenti orientamenti includono i criteri per la valutazione individuale di tali accordi.
- (26) La Commissione ritiene infine che gli accordi verticali fra piccole e medie imprese²⁴ (in appresso "PMI") siano raramente di natura tale da influenzare sensibilmente gli scambi fra Stati membri. La Commissione ritiene inoltre che tali accordi raramente restringano in modo significativo il gioco della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, a meno che non includano restrizioni della concorrenza per oggetto ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1. Pertanto gli accordi verticali fra PMI non rientrano di norma nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. Nei casi in cui tuttavia tali accordi soddisfino le condizioni per l'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, la Commissione si asterrà in genere dall'avviare un procedimento per mancanza di un sufficiente interesse dell'Unione, purché le imprese non occupino, congiuntamente o individualmente, una posizione dominante in una parte sostanziale del mercato interno.

3.2. Accordi di agenzia commerciale

3.2.1. Definizione degli accordi di agenzia commerciale

- (27) Un agente è una persona fisica o giuridica cui viene conferito il potere di negoziare e/o concludere contratti per conto di un'altra persona (in appresso "il preponente"), in nome proprio o in nome del preponente per l'acquisto di beni o servizi destinati al preponente o la vendita di beni o servizi forniti dal preponente.
- (28) In determinate circostanze il rapporto tra un agente e il suo preponente può essere definito come un rapporto in cui l'agente non opera più come un operatore economico indipendente. Questo si applica nei casi in cui l'agente non sostiene alcun rischio finanziario o commerciale, o se sostiene solo rischi non significativi, in relazione ai contratti conclusi o negoziati per conto del preponente, come spiegato di seguito²⁵. In questo caso l'accordo di agenzia commerciale non rientra nell'ambito di

²¹ Sentenza nella causa C-226/11, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence*, EU:C:2012:795, punto 37.

²² Comunicazione "de minimis", punto 8.

²³ Cfr. la sentenza nella causa T-7/93, *Langnese-Iglo/Commissione*, EU:T:1995:98, punto 98.

²⁴ Quali definite nell'allegato della raccomandazione della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese (GU L 124 del 20.5.2003, pag. 36).

²⁵ Cfr. le sentenze nella causa T-325/01, *Daimler Chrysler/Commissione*, EU:T:2005:322; nella causa C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA*, EU:C:2006:784; e nella causa C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL*, EU:C:2008:485.

applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. La qualifica assegnata al loro accordo dalle parti o dalla normativa nazionale non è rilevante ai fini della valutazione. Poiché costituiscono un'eccezione all'applicabilità generale dell'articolo 101 agli accordi tra imprese, le condizioni per la qualifica di un accordo come un accordo di agenzia commerciale ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, dovrebbero essere interpretate in modo restrittivo.

- (29) Vi sono tre tipi di rischio finanziario o commerciale che sono pertinenti per la qualifica di un accordo come un accordo di agenzia commerciale ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1.
- Innanzitutto vi sono i rischi specifici del contratto direttamente collegati ai contratti conclusi e/o negoziati dall'agente per conto del preponente, come il finanziamento delle scorte.
 - In secondo luogo vi sono i rischi risultanti da investimenti specifici per il mercato. Si tratta di investimenti richiesti specificamente dal tipo di attività per la quale l'agente è stato nominato dal preponente, vale a dire quelli richiesti per consentire all'agente di concludere e/o negoziare quel tipo di contratto. Tali investimenti non sono solitamente recuperabili, il che significa che, abbandonando quel particolare settore di attività, l'investimento non può essere utilizzato per altre attività o ceduto senza incorrere in una perdita significativa.
 - In terzo luogo vi sono i rischi connessi ad altre attività svolte sullo stesso mercato del prodotto, nella misura in cui il preponente nell'ambito del rapporto di agenzia richiede all'agente di svolgere tali attività non in qualità di agente per conto del preponente ma a proprio rischio.
- (30) Ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, l'accordo verrà considerato un accordo di agenzia commerciale se l'agente non sostiene nessuno dei tre tipi di rischio summenzionati, o se li sostiene, sono trascurabili. Il livello di significatività di tali rischi assunti dall'agente va generalmente valutato in termini di entrate generate dalla prestazione di servizi d'agenzia da parte dell'agente, anziché con riferimento alle entrate realizzate dalla vendita di beni o servizi a cui si applica l'accordo di agenzia commerciale. I rischi connessi all'attività di prestazione di servizi d'agenzia in via generale, come il rischio che il reddito di un agente sia legato ai risultati della sua attività di agente, o gli investimenti generali in locali o personale che potrebbero essere utilizzati per qualsiasi tipo di attività, non sono tuttavia rilevanti ai fini di tale valutazione.
- (31) In considerazione di quanto precede, ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, il seguente elenco fornisce esempi di elementi che si trovano generalmente negli accordi di agenzia commerciale. Tale situazione si verifica se l'agente:
- (a) non acquisisce la proprietà dei beni acquistati o venduti in base all'accordo di agenzia commerciale e non fornisce egli stesso i servizi oggetto del contratto. Il fatto che l'agente possa acquisire temporaneamente per un brevissimo periodo la proprietà dei beni oggetto del contratto pur vendendoli per conto del preponente non preclude un contratto di agenzia commerciale, purché l'agente non sostenga alcun costo o rischio legato a tale trasferimento di proprietà;
 - (b) non concorre alle spese connesse alla fornitura/acquisto di beni o servizi oggetto del contratto, inclusi i costi del trasporto dei beni; ciò non impedisce

all'agente di prestare il servizio di trasporto, a condizione che i costi siano sostenuti dal preponente;

- (c) non mantiene, a proprio costo o rischio, scorte dei beni oggetto del contratto, inclusi i costi di finanziamento delle scorte e della perdita delle stesse e può restituire i beni invenduti al preponente senza pagamento di un contributo, salvo in caso di colpa dell'agente (ad esempio per non aver adottato misure di sicurezza ragionevoli al fine di evitare la perdita delle scorte);
 - (d) non assume responsabilità in caso di inadempimento del contratto da parte dei clienti (ad esempio per i mancati pagamenti da parte del cliente), ad eccezione della perdita della provvigione, salvo in caso di colpa dell'agente (ad esempio per non aver adottato ragionevoli misure di sicurezza o antifurto, ovvero per aver omesso di prendere i ragionevoli provvedimenti per denunciare il furto al preponente o alla polizia, o per non aver comunicato al preponente l'informazione disponibile in merito all'affidabilità finanziaria del cliente);
 - (e) non assume responsabilità nei confronti di clienti o terzi per perdite o danni derivanti dalla fornitura di beni o servizi oggetto del contratto, salvo in caso di colpa dell'agente;
 - (f) non è direttamente o indirettamente obbligato ad effettuare investimenti nella promozione delle vendite, anche attraverso contributi ai budget pubblicitari del preponente o attività pubblicitarie o promozionali relative in particolare ai beni o servizi oggetto del contratto;
 - (g) non effettua investimenti in attrezzature, locali, formazione del personale o attività pubblicitarie apposite per i beni o i servizi oggetto del contratto, specifici per il mercato, come ad esempio la cisterna di benzina nel caso della vendita di carburante, i software specifici per la vendita di prodotti assicurativi nel caso di agenti di assicurazioni o le attività pubblicitarie relative alle rotte o alle destinazioni nel caso di agenti di viaggio che vendono voli o sistemazioni alberghiere, a meno che tali costi non vengano integralmente rimborsati dal preponente;
 - (h) non svolge altre attività nel medesimo mercato del prodotto richiesto dal preponente nell'ambito del rapporto di agenzia (ad es. consegna dei beni), a meno che tali attività non vengano integralmente rimborsate dal preponente.
- (32) Qualora l'agente sostenga uno o più dei rischi o costi di cui ai punti da 28 a 31 dei presenti orientamenti, l'accordo tra agente e preponente non verrà considerato un accordo di agenzia commerciale. La questione relativa al rischio deve essere valutata caso per caso, tenendo conto della realtà economica della situazione più che della forma giuridica. Per motivi pratici, l'analisi dei rischi può iniziare con la valutazione dei rischi specifici del contratto. Se l'agente sostiene rischi specifici del contratto non significativi, questo sarà sufficiente per concludere che l'agente è un distributore indipendente. Se l'agente non assume rischi specifici del contratto, sarà necessario continuare l'analisi valutando i rischi relativi ad investimenti specifici per il mercato. Infine se l'agente non assume rischi specifici del contratto o rischi relativi ad investimenti specifici per il mercato, i rischi relativi ad altre attività richieste nell'ambito del rapporto di agenzia all'interno del medesimo mercato del prodotto possono dover essere presi in considerazione.
- (33) Un preponente può utilizzare vari metodi per coprire i rischi pertinenti, purché tali metodi garantiscano che l'agente non sostenga nessuno dei rischi illustrati nei punti

da 28 a 31 dei presenti orientamenti, o se li sostiene, che tali rischi siano trascurabili. Ad esempio un preponente può decidere di rimborsare l'importo preciso dei costi sostenuti, può coprire i costi con una somma forfettaria fissa o può pagare all'agente una percentuale fissa sulle entrate derivanti dalla vendita dei beni o dei servizi nell'ambito dell'accordo di agenzia commerciale. Per garantire la copertura di tutti i rischi pertinenti, può rendersi necessaria la definizione di un metodo semplice che consenta all'agente di dichiarare e richiedere il rimborso di qualsiasi costo sostenuto che superi la somma forfettaria concordata o la percentuale fissa. Il preponente potrebbe inoltre avere la necessità di controllare sistematicamente qualsiasi variazione dei costi pertinenti e di adeguare la somma forfettaria o la percentuale fissa di conseguenza. Se i costi pertinenti sono rimborsati con una percentuale sul prezzo dei prodotti venduti nell'ambito del contratto di agenzia, il preponente dovrebbe anche tener conto del fatto che l'agente può sostenere costi pertinenti relativi ad investimenti specifici per il mercato, anche laddove le vendite siano limitate o pari a zero per un certo periodo di tempo. Tali costi devono essere rimborsati dal preponente.

- (34) Un distributore indipendente di alcuni beni o servizi di un fornitore può anche operare come agente di altri beni o servizi per conto dello stesso fornitore, a condizione che si possano delineare in modo efficace le attività e i rischi oggetto dall'accordo di agenzia commerciale (ad esempio perché si tratta di beni o servizi che presentano funzionalità aggiuntive o nuove caratteristiche). Affinché l'accordo sia considerato un accordo di agenzia commerciale ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, il distributore indipendente deve essere realmente libero di stipulare l'accordo di agenzia commerciale (ad esempio il rapporto di agenzia non deve essere di fatto imposto dal preponente ricorrendo alla minaccia di porre fine o peggiorare le condizioni del rapporto di distribuzione) e, come menzionato nei punti da 28 a 31 dei presenti orientamenti, tutti i rischi pertinenti legati alla vendita di beni o servizi oggetto del contratto di agenzia commerciale, compresi gli investimenti specifici per il mercato, devono essere sostenuti dal preponente.
- (35) Nei casi in cui un agente svolga altre attività per lo stesso fornitore o per altri fornitori a proprio rischio, le condizioni imposte all'agente per l'attività di agenzia potrebbero influire sui suoi incentivi e limitare la sua libertà decisionale nel vendere i prodotti nell'ambito dell'attività svolta in modo indipendente. In particolare sussiste il rischio che la politica dei prezzi del preponente relativamente ai prodotti venduti nell'ambito dell'accordo di agenzia commerciale influenzi gli incentivi che inducono l'agente/il distributore a fissare indipendentemente i prezzi dei prodotti che vende come distributore indipendente. Inoltre la combinazione di agenzia e distribuzione indipendente per lo stesso fornitore solleva difficoltà nel distinguere tra gli investimenti e i costi che si riferiscono alle attività di agenzia, compresi gli investimenti specifici per il mercato, e quelli relativi esclusivamente all'attività svolta in modo indipendente. In tali casi la valutazione per determinare se un rapporto di agenzia soddisfi le condizioni di cui ai punti da 28 a 31 dei presenti orientamenti può quindi risultare particolarmente complessa²⁶.
- (36) I rischi descritti nei punti da 28 a 31 dei presenti orientamenti assumono particolare importanza se l'agente svolge altre attività in qualità di distributore indipendente per

²⁶ Sentenza della Corte del 16 dicembre 1975, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri/Commissione delle Comunità europee*, nelle cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, ECLI:EU:C:1975:174, punti 537-557.

lo stesso preponente nel medesimo mercato del prodotto. Per contro è meno probabile che tali rischi si presentino se le altre attività che l'agente svolge come distributore indipendente riguardano un mercato diverso del prodotto²⁷. Più in generale, meno intercambiabili sono i prodotti, meno è probabile che si verifichino questi rischi. Nei mercati in cui vi sono prodotti che non presentano caratteristiche oggettivamente distinte, come una qualità superiore, caratteristiche nuove o funzioni aggiuntive, tale distinzione risulta più difficile e può sussistere quindi un rischio significativo che l'agente sia influenzato dai termini del contratto di agenzia commerciale, in particolare per quanto riguarda la determinazione del prezzo per i prodotti che distribuisce in modo indipendente.

- (37) Per identificare quali investimenti specifici per il mercato debbano essere rimborsati al momento della stipula di un contratto di agenzia commerciale con un proprio distributore indipendente che opera già sul mercato rilevante, il preponente dovrebbe considerare la situazione ipotetica di un agente che non è ancora attivo sul mercato rilevante al fine di valutare quali investimenti siano pertinenti per il tipo di attività per cui l'agente è nominato. Gli unici investimenti specifici per il mercato che il preponente non dovrebbe coprire sono quelli che si riferiscono esclusivamente alla vendita di prodotti differenziati nel medesimo mercato del prodotto che non sono venduti nell'ambito dell'accordo di agenzia commerciale ma distribuiti in modo indipendente, al contrario degli investimenti specifici per il mercato necessari per operare nel mercato rilevante del prodotto che il preponente dovrebbe coprire in tutti i casi. L'agente non sosterebbe infatti i costi specifici per il mercato corrispondenti ai prodotti differenziati se non agisse anche come distributore indipendente di tali prodotti oltre ai prodotti che distribuisce come agente, purché possa operare sul mercato rilevante senza vendere i primi. Nella misura in cui gli investimenti in questione sono già stati ammortizzati (ad esempio investimenti in arredi specifici per l'attività), il rimborso può essere adeguato in modo proporzionale.
- (38) Esempio di come si possano imputare i costi nel caso di un distributore che opera anche come agente di determinati prodotti per conto dello stesso fornitore.

Un distributore indipendente vende i prodotti A, B e C. I prodotti A e B appartengono al medesimo mercato del prodotto, che comprende prodotti differenziati con caratteristiche oggettivamente diverse. Il prodotto C appartiene a un diverso mercato del prodotto.

Un fornitore del prodotto B distribuisce generalmente i suoi prodotti tramite distributori indipendenti. Tuttavia per la distribuzione di un particolare tipo dello stesso prodotto, ossia il prodotto A che presenta una nuova funzionalità, intende utilizzare un accordo di agenzia commerciale, che propone ai distributori indipendenti esistenti che operano nel medesimo mercato del prodotto senza obbligarli de iure né de facto a concludere tale accordo.

Affinché l'accordo di agenzia commerciale non rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, e soddisfi le condizioni dei punti da 28 a 31 dei presenti orientamenti, il preponente deve coprire tutti gli investimenti pertinenti all'attività di vendita di ciascuno dei prodotti A e B (e non solo dei prodotti A) poiché appartengono al medesimo mercato del prodotto. Ad esempio tutti i costi sostenuti per

²⁷

Sentenza del Tribunale (Quinta Sezione) del 15 settembre 2005, *DaimlerChrysler AG/Commissione delle Comunità europee* nella causa T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, punti 100 e 113.

adattare o arredare un punto vendita al fine di presentare e vendere i prodotti A e B sono probabilmente specifici del mercato. Analogamente, possono essere specifici del mercato i costi dell'eventuale formazione del personale addetto alla vendita dei prodotti A e B e i costi relativi alle attrezzature per la conservazione delle scorte di tali prodotti, che può rendersi necessaria. Tali investimenti pertinenti, necessari generalmente affinché un agente entri sul mercato e inizi a vendere i prodotti A e B, dovrebbero essere sostenuti dal preponente, anche se l'agente in questione opera già su quel dato mercato in qualità di distributore indipendente.

Il preponente invece non dovrebbe coprire gli investimenti relativi alla vendita del prodotto C, che non appartiene al medesimo mercato dei prodotti A e B. Inoltre, nel caso in cui la vendita del prodotto B richieda investimenti specifici che non sono necessari per la vendita del prodotto A (ad esempio arredi o formazione del personale specifici), tali investimenti non sarebbero pertinenti e non dovrebbero quindi essere coperti dal preponente, purché un distributore possa operare sul mercato rilevante che include i prodotti A e B vendendo solo il prodotto A.

Per quanto riguarda la pubblicità, gli investimenti pubblicitari nel punto vendita dell'agente in quanto tale (anziché un'attività pubblicitaria specifica per il prodotto A) beneficerebbero sia il punto vendita dell'agente in generale sia le vendite dei prodotti A, B e C, sebbene solo il prodotto A sia venduto nell'ambito dell'accordo di agenzia commerciale. Tali costi sarebbero quindi in parte pertinenti ai fini della valutazione dell'accordo di agenzia commerciale, nella misura in cui si riferiscono alla vendita del prodotto A effettuata nell'ambito dell'accordo di agenzia commerciale e sono anche pertinenti per l'attività generale di vendita dei prodotti A e B. Il costo di una campagna pubblicitaria relativa esclusivamente ai prodotti B o C non sarebbe invece pertinente e non dovrebbe quindi essere sostenuto dal preponente, purché un distributore possa operare sul mercato rilevante vendendo solo il prodotto A.

I medesimi principi si applicano agli investimenti in un sito web o in un negozio online, dato che una parte di tali investimenti non sarebbe pertinente poiché dovrebbe essere effettuata indipendentemente dai prodotti venduti nell'ambito dell'accordo di agenzia commerciale. Pertanto gli investimenti generali nella progettazione di un sito web non dovrebbero essere rimborsati, nella misura in cui la struttura stessa del sito può essere utilizzata per vendere prodotti diversi da quelli appartenenti al rilevante mercato del prodotto (ad esempio prodotti C o più in generale prodotti diversi da A e B). Sarebbero invece pertinenti gli investimenti legati all'attività di vendita o pubblicità sul sito web di prodotti nel rilevante mercato del prodotto (ossia entrambi i prodotti A e B). Quindi, in funzione del livello di investimento richiesto per pubblicizzare e vendere i prodotti A e B sul sito web, il preponente dovrebbe coprire parte dei costi di realizzazione del sito web o del negozio online. Qualsiasi investimento specifico per la pubblicità o la vendita esclusiva del prodotto B non dovrebbe essere coperto, purché un distributore possa operare sul mercato rilevante vendendo solo il prodotto A.

3.2.2. *L'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, agli accordi di agenzia commerciale*

- (39) Se un accordo soddisfa le condizioni per essere qualificato come accordo di agenzia commerciale ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, le funzioni di vendita o di acquisto dell'agente fanno parte delle attività del preponente. Poiché il preponente assume i rischi, sia finanziari che commerciali, connessi alla vendita o all'acquisto dei beni o dei servizi oggetto del contratto, tutti gli obblighi imposti all'agente in relazione ai contratti conclusi e/o negoziati per conto del preponente non

rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. L'assunzione da parte dell'agente degli obblighi elencati alla fine di questo punto sarà considerata parte integrante di un accordo di agenzia commerciale, poiché essi riguardano la facoltà del preponente di stabilire la sfera delle attività dell'agente in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto. Tale elemento è essenziale se è il preponente si assumerà i rischi in relazione ai contratti conclusi e/o negoziati dall'agente per conto del preponente. Pertanto il preponente è in grado di determinare la strategia commerciale in relazione:

- (a) alle limitazioni riguardanti il territorio in cui l'agente può vendere tali beni o servizi;
 - (b) alle limitazioni riguardanti i gruppi di clienti cui l'agente può vendere tali beni o servizi; oppure
 - (c) al prezzo e alle condizioni a cui l'agente deve vendere o comprare tali beni o servizi oggetto del contratto.
- (40) Per contro qualora l'agente assuma uno o più rischi pertinenti illustrati ai punti da 28 a 31 dei presenti orientamenti, l'accordo tra l'agente ed il preponente non costituisce un accordo di agenzia commerciale ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. In tal caso l'agente sarà trattato alla stregua di un'impresa indipendente e l'accordo tra l'agente e il preponente sarà soggetto all'articolo 101, paragrafo 1, come qualsiasi altro accordo verticale. Per tale ragione l'articolo 1, paragrafo 1, lettera j), VBER chiarisce che per acquirente si intende un'impresa che, sulla base di un accordo a cui si applica l'articolo 101, paragrafo 1, del trattato, vende beni o servizi per conto di un'altra impresa.
- (41) Anche se l'agente non sostiene nessuno dei rischi descritti nei punti da 28 a 31 dei presenti orientamenti, o se li sostiene sono trascurabili, rimane un'impresa separata rispetto al preponente e quindi le disposizioni riguardanti i rapporti tra l'agente e il preponente possono violare l'articolo 101, paragrafo 1, indipendentemente dal fatto che rientrino nell'accordo che disciplina la vendita o l'acquisto dei prodotti oggetto del contratto o di un accordo separato. Tali clausole possono beneficiare del VBER, in particolare se soddisfano le condizioni di cui all'articolo 5 di detto regolamento, oppure, per quanto non previsto dal VBER, possono soddisfare le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3, in casi individuali come descritto nella sezione 8.1.2 dei presenti orientamenti. Ad esempio gli accordi agenzia commerciale possono ostare a che il preponente designi altri agenti per un dato tipo di transazione, per un dato cliente o territorio (clausola di agenzia in esclusiva), e/o possono ostare a che l'agente operi come agente o distributore di imprese in concorrenza con il preponente (clausole di "monomarchismo"). Le clausole di agenzia in esclusiva non producono in genere effetti anticoncorrenziali. Le clausole di "monomarchismo" e quelle che si estendono al di là della durata dell'accordo, che riguardano la concorrenza tra marchi, possono tuttavia violare l'articolo 101, paragrafo 1, se causano o contribuiscono ad effetti (cumulativi) di preclusione dal mercato rilevante nel quale i beni o servizi oggetto del contratto sono venduti o acquistati (cfr. in particolare le sezioni 8.2.1 e 6.2.2 dei presenti orientamenti).
- (42) Un accordo di agenzia commerciale può inoltre rientrare nell'ambito d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato anche nel caso in cui il preponente sopporti tutti i rischi finanziari e commerciali rilevanti, quando esso agevola comportamenti collusivi. Potrebbe ad esempio trattarsi del caso in cui un gruppo di preponenti utilizza gli stessi agenti impedendo al tempo stesso collettivamente a terzi di

avvalersene a loro volta, ovvero utilizza gli agenti per porre in essere pratiche collusive relative alla strategia commerciale o ai fini di uno scambio di informazioni sensibili relative al mercato tra i preponenti.

- (43) Nel caso di un distributore indipendente che opera anche come agente di alcuni beni o servizi per conto dello stesso fornitore, il rispetto dei requisiti di cui ai punti da 34 a 37 dei presenti orientamenti deve essere valutato rigorosamente. In tal modo si eviterà un uso improprio del concetto di agenzia nei casi in cui il fornitore non operi effettivamente a livello del commercio al dettaglio, prendendo tutte le relative decisioni di distribuzione e assumendo tutti i rischi correlati in conformità dei principi di cui ai punti da 28 a 31, ma anzi assicuri un modo semplice per controllare i prezzi al dettaglio per i prodotti che consentono di ottenere margini di rivendita elevati. Dal momento che l'imposizione dei prezzi di rivendita è una restrizione fondamentale ai sensi dell'articolo 4 VBER come indicato nella sezione 6.1.1 dei presenti orientamenti, il concetto di agenzia non dovrebbe essere utilizzato in modo improprio dai fornitori per eludere l'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

3.2.3. *L'agenzia e l'economia delle piattaforme online*

- (44) Le imprese che forniscono servizi di intermediazione online sono classificate come fornitori ai sensi del VBER (cfr. anche i punti da 60 a 64 dei presenti orientamenti) e quindi in linea di principio non possono essere qualificate come agenti ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. Inoltre i fornitori di servizi di intermediazione online operano in genere come operatori economici indipendenti e non come parte delle imprese dei venditori a cui forniscono questi servizi. I significativi effetti di rete e altre caratteristiche dell'economia delle piattaforme online possono contribuire a creare uno squilibrio significativo a livello delle dimensioni e del potere contrattuale delle parti contraenti e determinare una situazione in cui le condizioni di vendita dei beni o dei servizi oggetto del contratto e la strategia commerciale sono determinate dal fornitore di servizi di intermediazione online piuttosto che dai venditori di beni o servizi che sono oggetto di intermediazione. Per di più i fornitori di servizi di intermediazione online offrono spesso parallelamente i propri servizi a un numero molto elevato di venditori, il che impedisce loro di fare effettivamente parte delle imprese di uno o dell'altro venditore. Inoltre i fornitori di servizi di intermediazione online effettuano in genere cospicui investimenti specifici per il mercato, ad esempio in software, servizi pubblicitari e post-vendita, da cui si evince che tali imprese sostengono rischi finanziari o commerciali significativi associati ai contratti negoziati per conto dei venditori che utilizzano i loro servizi di intermediazione online.

3.3. **Accordi di subfornitura**

- (45) Gli accordi di subfornitura, quali definiti nella comunicazione della Commissione, del 18 dicembre 1978, relativa alla valutazione dei contratti di subfornitura alla luce dell'articolo 85, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità economica europea²⁸ (in appresso "la comunicazione sulla subfornitura") non rientrano in genere nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. Tale comunicazione resta

²⁸ GU C 1 del 3.1.1979, pag. 2, che definisce gli accordi di subfornitura come contratti che siano conclusi o non in seguito ad un ordine di un terzo, in base ai quali un'impresa detta "committente" incarica, impartendo proprie direttive, un'altra impresa, il "subfornitore", di fabbricare prodotti, fornire servizi o eseguire lavori destinati al committente o eseguiti per conto di questi.

applicabile e include ulteriori orientamenti in merito all'applicazione di questa norma generale. In particolare la comunicazione sulla subfornitura stabilisce che, se un committente impone limiti all'utilizzo dei dati tecnici o delle attrezzature che fornisce a un subfornitore, tali dati tecnici o attrezzature devono essere necessari per consentire al subfornitore di fabbricare i prodotti in questione²⁹. Essa chiarisce inoltre l'ambito di applicazione di tale norma generale, in particolare che le altre restrizioni imposte al subfornitore non rientrano in genere nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, come l'obbligo di non effettuare o sfruttare la propria attività di ricerca e sviluppo o di non produrre per terzi³⁰.

4. AMBITO DI APPLICAZIONE DEL VBER

4.1. La "zona di sicurezza" istituita dal VBER

- (46) L'esenzione per categoria di cui all'articolo 2, paragrafo 1, VBER istituisce una "zona di sicurezza" per gli accordi verticali ai sensi del VBER, a condizione che le quote di mercato detenute dal fornitore e dall'acquirente nel rispettivo mercato rilevante o nei rispettivi mercati rilevanti non superino le soglie di cui all'articolo 3 VBER (cfr. la sezione 5.2 dei presenti orientamenti)³¹ e l'accordo non includa restrizioni fondamentali ai sensi dell'articolo 4 VBER (cfr. la sezione 6.1 dei presenti orientamenti)³². Tale "zona di sicurezza" si applica fintantoché il beneficio dell'esenzione per categoria non sia stato revocato in uno specifico caso dalla Commissione o dall'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro (in appresso "ANC") ai sensi dell'articolo 29 del regolamento n. 1/2003 (cfr. la sezione 7.1 dei presenti orientamenti).
- (47) L'articolo 2, paragrafo 1, VBER istituisce una "zona di sicurezza" anche nel caso in cui un fornitore utilizzi lo stesso accordo o gli stessi accordi per distribuire diversi tipi di beni o servizi. In un tale caso di distribuzione diversificata di prodotti, il VBER si applica all'accordo verticale in relazione a quei beni o servizi per i quali le condizioni di applicazione del VBER sono soddisfatte e nella misura in cui esse sono soddisfatte. Per contro l'articolo 101 si applica agli accordi verticali in relazione a quei beni o servizi che non rientrano nel campo di applicazione del VBER. Ciò significa che non vi è esenzione per categoria a norma dell'articolo 2, paragrafo 1, VBER, ma non vi è neppure presunzione di illegalità di tali accordi.

4.2. Definizione di accordo verticale

- (48) L'articolo 101, paragrafo 1, riguarda gli accordi tra imprese, le decisioni di associazione d'imprese e le pratiche concordate. Esso non distingue tra imprese che operano allo stesso livello o a livelli diversi della catena di produzione o di distribuzione, pertanto si applica sia agli accordi orizzontali e alle pratiche concordate sia agli accordi verticali e alle pratiche concordate³³.

²⁹ Cfr. il punto 2 della comunicazione sulla subfornitura, che fornisce ulteriori chiarimenti in particolare sull'utilizzazione dei diritti di proprietà industriale e delle conoscenze tecniche.

³⁰ Cfr. il punto 3 della comunicazione sulla subfornitura.

³¹ Al di sopra della soglia della quota di mercato del 30 % non si può presumere che gli accordi verticali rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, o che non soddisfino le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3.

³² Per quanto riguarda le restrizioni escluse e il significato dell'articolo 5 VBER, cfr. la sezione 6.2 dei presenti orientamenti.

³³ Cfr. la sentenza nella causa 56/65, *Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, EU:C:1966:38, pag. 240.

(49) Il regolamento n. 19/65/CEE del Consiglio, del 2 marzo 1965, relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate³⁴, modificato dal regolamento (CE) n. 1215/1999 del Consiglio, del 10 giugno 1999³⁵ (in appresso "regolamento di abilitazione") conferisce alla Commissione il potere, conformemente all'articolo 101, paragrafo 3, di accordare un'esenzione per categoria mediante regolamento agli accordi verticali e alle pratiche concordate.

(50) Conformemente agli articoli 1 e 3 di tale regolamento, l'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), VBER si riferisce agli accordi verticali come "agli accordi o alle pratiche concordate conclusi tra due o più imprese, operanti ciascuna, ai fini dell'accordo, ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione, e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi"³⁶. Tale definizione comporta almeno tre requisiti essenziali, ciascuno affrontato di seguito.

4.2.1. *Il comportamento unilaterale non rientra nell'ambito di applicazione del VBER*

(51) Il VBER si applica ad accordi verticali e pratiche concordate e non si applica al comportamento unilaterale delle imprese. Tale comportamento unilaterale può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in appresso "l'articolo 102") che vieta l'abuso di una posizione dominante³⁷. Perché vi sia accordo ai sensi dell'articolo 101, è sufficiente che le imprese in questione abbiano espresso la loro volontà comune di comportarsi sul mercato in una determinata maniera (il cosiddetto concorso di volontà). Il modo di manifestarsi di tale concorso di volontà non è rilevante, purché sia fedele espressione della volontà delle parti stesse.

(52) Nel caso non vi sia accordo esplicito che esprima il concorso di volontà, la Commissione dovrà provare ai fini dell'applicazione dell'articolo 101 che la politica unilaterale di una parte è accettata dall'altra. Per quanto riguarda gli accordi verticali, vi sono due modi per stabilire l'accettazione di una specifica politica unilaterale.

(a) In primo luogo l'accettazione esplicita può essere dedotta dai poteri attribuiti alle parti in un accordo generale redatto in precedenza. Se le clausole di tale accordo generale prevedono che in un secondo momento una parte possa adottare o sia autorizzata ad adottare una politica unilaterale specifica, vincolante per l'altra parte, l'accettazione dell'altra parte a tale politica può essere stabilito su tale base³⁸.

(b) In secondo luogo per la tacita accettazione è necessario dimostrare innanzitutto che una parte ha richiesto esplicitamente o implicitamente la cooperazione dell'altra per attuare la propria politica unilaterale e in secondo luogo che l'altra parte ha soddisfatto questa esigenza realizzando tale politica unilaterale in pratica³⁹. Ad esempio se, dopo l'annuncio di un fornitore di una riduzione

³⁴ GU 36 del 6.3.1965, pag. 35.

³⁵ GU L 148 del 15.6.1999, pag. 1.

³⁶ Analogamente all'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), VBER, nei presenti orientamenti il termine "accordo verticale" include le pratiche concordate verticali, salvo indicazione contraria.

³⁷ Per contro, se esiste un accordo verticale ai sensi dell'articolo 101, il VBER e i presenti orientamenti lasciano impregiudicata la possibilità di un'applicazione parallela dell'articolo 102 agli accordi verticali.

³⁸ Sentenza nella causa C-74/04 P, *Commissione/Volkswagen AG*, EU:C:2006:460.

³⁹ Sentenza nella causa T-41/96, *Bayer AG/Commissione*, EU:T:2000:242.

unilaterale di fornitura per impedire il commercio parallelo, i distributori riducono immediatamente i propri ordini e smettono di operare nel commercio parallelo, tali distributori acconsentono tacitamente alla politica unilaterale del fornitore. Lo stesso non potrebbe dirsi se i distributori continuassero ad operare nel commercio parallelo o a cercare nuovi modi per farlo.

- (53) In considerazione di quanto precede, i termini e le condizioni generali di vendita, anche se imposte da una parte e accettate tacitamente dall'altra, equivalgono a un accordo ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato⁴⁰.

4.2.2. *Le imprese operano a diversi livelli della catena di produzione o di distribuzione*

- (54) Il VBER si applica agli accordi o alle pratiche concordate tra due o più imprese, indipendentemente dal loro modello aziendale. Poiché i consumatori finali non operano in qualità di impresa, gli accordi verticali o le pratiche concordate con i consumatori non rientrano nell'ambito di applicazione del VBER.
- (55) Inoltre per rientrare nella definizione dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), VBER, un accordo deve essere concluso fra imprese operanti, ai fini dell'accordo, a livelli diversi della catena di produzione o di distribuzione. Ad esempio sussiste un accordo verticale quando una delle imprese produce materie prime o fornisce un servizio e li vende ad un'altra impresa che li utilizza come input. Analogamente esiste un accordo verticale ad esempio quando un produttore vende un prodotto a un grossista che lo rivende a un dettagliante.
- (56) Poiché la definizione di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), VBER si riferisce alle finalità dello specifico accordo, il fatto che un'impresa parte contraente dell'accordo operi a più di un livello della catena di approvvigionamento o di distribuzione non esclude l'applicazione del VBER. Tuttavia nel caso di accordi conclusi tra imprese concorrenti, si deve tenere conto dell'articolo 2, paragrafo 4, VBER. Per indicazioni in merito all'articolo 2, paragrafo 4, VBER, cfr. la sezione 4.4.3 dei presenti orientamenti.

4.2.3. *Gli accordi riguardano l'acquisto, la vendita o la rivendita di beni o servizi*

- (57) L'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), VBER prevede che, per rientrare nell'ambito di applicazione del regolamento, gli accordi verticali devono riferirsi alle condizioni in base alle quali il fornitore e l'acquirente *"possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi"*. Conformemente alla finalità generale di un regolamento di esenzione per categoria, ossia quella di garantire la certezza del diritto, l'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), VBER deve essere interpretato in modo ampio, nel senso che si applica a tutti gli accordi verticali, indipendentemente dal fatto che riguardino beni o servizi intermedi o finali. Sia i beni o servizi forniti sia, nel caso di beni o servizi intermedi, i beni o servizi finali derivati sono considerati beni o servizi oggetto del contratto ai fini dell'applicazione del VBER ai rispettivi accordi.
- (58) Gli accordi verticali nell'economia delle piattaforme online, compresi quelli conclusi con i fornitori di servizi di intermediazione online di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera d), VBER rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), VBER. Sia la fornitura di servizi di intermediazione online sia i beni o i servizi oggetto delle transazioni che essa agevola sono considerati beni o servizi

⁴⁰ Cfr. le decisioni della Commissione in AT.40428 *Guess*, punto 97, in riferimento a una costante giurisprudenza.

oggetto del contratto ai fini dell'applicazione del VBER all'accordo in base al quale vengono forniti i servizi di intermediazione online e all'accordo in base al quale vengono forniti i beni o i servizi di intermediazione.

- (59) Il VBER non esenta le restrizioni verticali che non si riferiscono alle condizioni di acquisto, vendita e rivendita di determinati beni o servizi oggetto del contratto. Tali accordi devono essere valutati individualmente, ossia se nel caso in esame l'accordo considerato rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, e in tal caso se le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, sono soddisfatte. Ad esempio il VBER non si applica a un divieto fatto alle parti di svolgere indipendentemente attività di ricerca e sviluppo, che sia stato incluso dalle parti nel proprio accordo verticale. Un altro esempio riguarda gli accordi di locazione e di leasing. Mentre il VBER si applica ai beni venduti e acquistati a fini di locazione a terzi, non sono invece contemplati in quanto tali gli accordi di locazione e di leasing, poiché non vi è la vendita di beni o servizi dal fornitore all'acquirente.

4.3. Accordi verticali nell'economia delle piattaforme online

- (60) L'economia delle piattaforme online svolge un ruolo sempre più importante nella distribuzione di beni e servizi. Le imprese che operano nell'economia delle piattaforme online consentono di attuare nuovi modi di fare impresa, alcuni dei quali non sono facili da classificare nell'ambito dei concetti tradizionalmente associati alle relazioni verticali tra fornitori e distributori nell'ambiente non virtuale.
- (61) Il VBER qualifica le imprese che operano nella catena di approvvigionamento e di distribuzione come fornitori o acquirenti. A seconda che un'impresa rientri in una categoria o nell'altra, il VBER può essere applicato in modo diverso, in particolare nelle seguenti aree:
- (a) l'esenzione degli accordi verticali non reciproci tra concorrenti ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 4, VBER (cfr. la sezione 4.4 dei presenti orientamenti);
 - (b) il calcolo delle quote di mercato per l'applicazione delle soglie di cui all'articolo 3, paragrafo 1, VBER (cfr. la sezione 5 dei presenti orientamenti);
 - (c) l'annullamento del beneficio del VBER ai sensi dell'articolo 4 di tale regolamento (cfr. la sezione 6.1 dei presenti orientamenti) e
 - (d) l'esclusione di alcune restrizioni dalla "zona di sicurezza" di cui all'articolo 5 VBER (cfr. la sezione 6.2 dei presenti orientamenti).
- (62) Il VBER include le definizioni dei concetti di fornitore, ossia l'articolo 1, paragrafo 1, lettera d), VBER, e di acquirente, ossia l'articolo 1, paragrafo 1, lettera j), VBER. Per conciliare la difficoltà di definire questi concetti in modo esaustivo con l'obiettivo di garantire che il VBER fornisca la massima certezza giuridica possibile, tali disposizioni si limitano a chiarire che alcuni tipi di imprese rientrano nell'una o nell'altra categoria.
- (63) L'articolo 1, paragrafo 1, lettera d), VBER stabilisce che un'impresa che fornisce servizi di intermediazione online si qualifica come fornitore ai sensi del VBER. Ciò significa che, conformemente alla distinzione tra fornitori e acquirenti di cui al VBER, l'impresa non può qualificarsi contestualmente come acquirente ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera j), VBER in relazione alla transazione che essa agevola. Inoltre l'articolo 1, paragrafo 1, lettera d), VBER chiarisce che per fornitore di servizi di intermediazione online si intende un fornitore ai sensi del VBER anche

quando è parte di una transazione che esso agevola. Ciò significa che, quando fornisce servizi di intermediazione online e rientra quindi nella definizione di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera d), VBER, un'impresa non può eludere la sua qualifica di fornitore in relazione ai servizi di intermediazione online forniti, ad esempio diventando parte della transazione che essa agevola o stabilendo a livello contrattuale che è un acquirente dei beni o dei servizi forniti sulla base di tale transazione.

- (64) La definizione di fornitore di servizi di intermediazione online di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera d), VBER si basa sulle definizioni del regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online (in appresso "regolamento P2B")⁴¹. Essa si fonda sul concetto che un'impresa che fornisce servizi di intermediazione online fornisce tali servizi al fine di agevolare le transazioni dirette tra fornitori e acquirenti o tra fornitori e acquirenti che utilizzano i suoi servizi di intermediazione online. L'articolo 1, paragrafo 1, lettera d), VBER poggia sulla considerazione che un fornitore di servizi di intermediazione online offre generalmente un'infrastruttura che consente alle imprese di incontrare altre imprese o consumatori online e di effettuare transazioni con loro, senza essere responsabile, di diritto o di fatto, delle loro transazioni.

4.4. Limiti all'applicazione del VBER

4.4.1. Associazioni di dettaglianti

- (65) L'articolo 2, paragrafo 2, VBER include nell'ambito di applicazione del regolamento gli accordi verticali conclusi da associazioni di imprese che soddisfano determinate condizioni, escludendo così dalla "zona di sicurezza" gli accordi verticali conclusi da tutte le altre associazioni. Ciò significa che gli accordi verticali conclusi tra un'associazione e i singoli membri o tra un'associazione e i singoli fornitori rientrano nell'ambito di applicazione del VBER a condizione che tutti i membri siano dettaglianti che vendono beni (e non servizi) ai consumatori finali e che ciascun singolo membro di dette associazioni realizzi un fatturato annuo non eccedente i 50 milioni di EUR⁴². Tuttavia se solo un numero limitato di membri dell'associazione realizza un fatturato annuo superiore alla soglia dei 50 milioni di EUR e tali membri rappresentano complessivamente meno del 15 % del fatturato collettivo di tutti i membri messi assieme, questa circostanza non dovrebbe di norma modificare il risultato della valutazione alla luce dell'articolo 101.
- (66) Un'associazione di imprese può comportare accordi orizzontali e verticali. Gli accordi orizzontali devono essere valutati alla luce dei principi enunciati nelle linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato agli accordi di cooperazione orizzontale⁴³ (in appresso "linee direttrici orizzontali"). Se tale valutazione porta a concludere che la cooperazione tra imprese nell'area dell'acquisto o della vendita è accettabile, in quanto soddisfa le condizioni specifiche previste dai presenti orientamenti in materia di accordi di acquisto e/o di commercializzazione, si renderà

⁴¹ GU L 186 dell'11.7.2019, pag. 57.

⁴² Il massimale di fatturato annuo di 50 milioni di EUR è basato sul massimale di fatturato per le PMI di cui all'articolo 2 dell'allegato alla raccomandazione della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese (GU L 124 del 20.5.2003, pag. 39).

⁴³ GU C 11 del 14.1.2011, pag. 1; come modificato dalle rettifiche GU C 33 del 2.2.2011, pag. 20. È prevista a breve una revisione di tali linee direttrici.

necessaria un'ulteriore valutazione per esaminare gli accordi verticali conclusi dall'associazione con i singoli fornitori o con i singoli membri conformemente alle norme contenute nel VBER, in particolare le condizioni di cui agli articoli da 3 a 5 e i presenti orientamenti. Ad esempio gli accordi orizzontali conclusi fra i membri dell'associazione o le decisioni adottate dall'associazione stessa, come la decisione che impone ai suoi membri di effettuare i loro acquisti presso l'associazione stessa, o la decisione di attribuire territori esclusivi ai membri, devono essere valutati innanzitutto come accordi orizzontali. Solo se tale valutazione porta a concludere che l'accordo orizzontale non è anticoncorrenziale si rende necessaria una valutazione degli accordi verticali tra l'associazione e i singoli membri o tra l'associazione e i singoli fornitori.

4.4.2. *Accordi verticali contenenti disposizioni relative ai diritti di proprietà intellettuale (DPI)*

- (67) L'articolo 2, paragrafo 3, VBER prevede che gli accordi verticali contenenti determinate disposizioni relative alla cessione o all'uso di DPI possano rientrare nell'ambito di applicazione del VBER. Per contro l'articolo 2, paragrafo 3, VBER esclude tutti gli altri accordi verticali contenenti disposizioni relative ai DPI dall'ambito di applicazione del VBER.
- (68) Il VBER si applica agli accordi verticali contenenti disposizioni relative ai DPI quando sono soddisfatte cinque condizioni:
- (a) le disposizioni relative ai DPI devono far parte di un accordo verticale, vale a dire di un accordo che stabilisca le condizioni alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere taluni beni o servizi;
 - (b) i DPI devono essere ceduti o dati in uso su licenza all'acquirente;
 - (c) le disposizioni relative ai DPI non devono costituire l'oggetto primario dell'accordo;
 - (d) le disposizioni relative ai DPI devono essere direttamente collegate all'uso, alla vendita o alla rivendita di beni o servizi da parte dell'acquirente o dei suoi clienti. Nel caso del franchising, in cui è la commercializzazione a costituire l'oggetto dell'uso dei DPI, i beni o servizi devono essere distribuiti dall'affiliato principale o dagli affiliati; e
 - (e) le disposizioni relative ai DPI non devono comportare, in relazione ai beni o servizi contrattuali, restrizioni di concorrenza aventi un oggetto identico a quello delle restrizioni verticali non esentate in virtù del VBER.
- (69) Tali condizioni assicurano che il VBER si applichi agli accordi verticali nei quali l'uso, la vendita o la rivendita di beni o servizi può avvenire in modo più efficiente grazie alla cessione o alla concessione in uso su licenza di DPI all'acquirente. Ciò significa che le restrizioni relative alla cessione o concessione in uso di DPI possono essere incluse nel VBER, qualora l'oggetto primario dell'accordo sia l'acquisto o la distribuzione di beni o servizi.

- (70) La prima condizione precisa che il contesto in cui vengono concessi i DPI è rappresentato da un accordo relativo all'acquisto o alla distribuzione di beni ovvero da un accordo relativo all'acquisto o alla prestazione di servizi e non da un accordo di cessione o licenza di DPI ai fini della produzione di beni o da un semplice accordo di licenza. Il VBER non include, ad esempio:
- (a) gli accordi nei quali una parte fornisce ad un'altra una ricetta e la licenza per la produzione di una bevanda sulla base di tale ricetta;
 - (b) gli accordi in virtù dei quali una parte fornisce ad un'altra uno stampo o un originale e la licenza per produrre e distribuire riproduzioni;
 - (c) la semplice licenza di un marchio di fabbrica o di un segno distintivo a fini di merchandising;
 - (d) i contratti di sponsorizzazione riguardanti il diritto di farsi pubblicità come sponsor ufficiale di un evento;
 - (e) la licenza di diritti d'autore come i contratti di diffusione radiofonica e televisiva riguardanti il diritto di registrare e/o trasmettere un avvenimento.
- (71) La seconda condizione precisa che il VBER non si applica qualora l'acquirente trasferisca i DPI al fornitore, indipendentemente dal fatto che essi riguardino le modalità di produzione o di distribuzione. Un accordo relativo al trasferimento di DPI al fornitore e contenente possibili restrizioni alle vendite effettuate dal fornitore non rientra nell'ambito di applicazione del VBER. Ciò significa in particolare che la subfornitura che comporti il trasferimento di know-how a un subfornitore non rientra nell'ambito di applicazione del VBER (cfr. anche la sezione 3.3 dei presenti orientamenti). Tuttavia gli accordi verticali in virtù dei quali l'acquirente comunica al fornitore specifiche che si limitano a descrivere i beni o servizi da fornire sono inclusi nell'ambito di applicazione del VBER.
- (72) La terza condizione precisa che, affinché un accordo verticale rientri nell'ambito di applicazione del VBER, l'oggetto primario dell'accordo non deve essere la cessione di DPI o la concessione in licenza di DPI, bensì l'acquisto, la vendita o la rivendita di beni o servizi, mentre le disposizioni relative ai DPI sono finalizzate all'esecuzione dell'accordo verticale.
- (73) La quarta condizione implica che le disposizioni relative ai DPI devono mirare a facilitare l'uso, la vendita o la rivendita di beni o servizi da parte dell'acquirente o dei suoi clienti. I beni o servizi destinati a tale uso o rivendita sono abitualmente forniti dal licenziante ma possono altresì essere acquistati dal licenziatario presso terzi. Le disposizioni relative ai DPI riguardano in generale la commercializzazione di beni o servizi. È quanto avviene ad esempio in un contratto di franchising, nel quale l'affiliante vende all'affiliato beni ai fini della rivendita e gli concede inoltre la licenza per l'uso del suo marchio e del suo know-how ai fini della commercializzazione di tali beni o il fornitore di estratti concentrati per bevande concede all'acquirente la licenza per diluire e imbottigliare gli estratti ai fini della loro rivendita come bevande.
- (74) La quinta condizione mette in rilievo il fatto che le disposizioni relative ai DPI non devono avere lo stesso oggetto delle restrizioni fondamentali di cui all'articolo 4 VBER o delle restrizioni escluse dall'ambito di applicazione di detto regolamento ai sensi dell'articolo 5 del regolamento stesso (cfr. la sezione 6 dei presenti orientamenti).

- (75) I DPI destinati all'esecuzione di accordi verticali ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, VBER coprono generalmente tre aree principali: i marchi, i diritti d'autore e il know-how.

4.4.2.1. Marchi commerciali

- (76) Una licenza di utilizzazione di un marchio concessa a un distributore può essere collegata alla distribuzione dei prodotti di chi concede la licenza in un particolare territorio. Una licenza esclusiva è da equiparare alla distribuzione esclusiva.

4.4.2.2. Diritto d'autore

- (77) I rivenditori di beni o servizi tutelati da diritti d'autore (ad esempio libri e software) possono essere obbligati dal titolare del diritto d'autore stesso a rivendere il bene solo a condizione che l'acquirente, che si tratti di un altro rivenditore o dell'utente finale, si impegni a non violare tale diritto. Tali obblighi imposti al rivenditore, qualora rientrino nell'ambito d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, sono ammessi dal VBER.

- (78) Gli accordi che prevedono la fornitura di copie di un software su supporto materiale a fini di rivendita e in cui il rivenditore non acquisisce una licenza sul software ma si limita ad avere il diritto di rivendere le copie su supporto materiale, devono essere considerati, ai fini del VBER, accordi relativi alla fornitura di beni per la rivendita. In questa forma di distribuzione, l'unico accordo di licenza del software è quello fra il titolare del diritto d'autore e l'utilizzatore del software: esso può assumere la forma di una "shrink wrap licence", ossia di una licenza soggetta a una serie di condizioni incluse nella confezione della copia su supporto materiale, e che si ritiene che l'utente finale accetti con l'apertura della confezione stessa.

- (79) Gli acquirenti di hardware incorporante software protetto da diritti d'autore possono essere obbligati dal titolare del diritto d'autore a non violare tale diritto e sono dunque tenuti a non fare copie e a non rivendere il software o a non fare copie e a non utilizzare il software in combinazione con altro hardware. Tali restrizioni all'utilizzazione, qualora rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, sono ammesse dal VBER.

4.4.2.3. Il know-how

- (80) Gli accordi di franchising, con l'eccezione di quelli di franchising industriale, sono il più chiaro esempio di trasferimento di know-how all'acquirente per fini di commercializzazione⁴⁴. Essi contengono licenze di DPI relativi a marchi o segni distintivi e know-how per l'utilizzo e la distribuzione di beni o la prestazione di servizi. In aggiunta alla licenza di utilizzazione di DPI, l'affiliante solitamente fornisce all'affiliato, per la durata dell'accordo, assistenza commerciale o tecnica, come servizi di approvvigionamento, formazione, consulenze immobiliari e pianificazione finanziaria. La licenza e l'assistenza fornita formano parte integrante della formula commerciale oggetto del franchising.

- (81) La concessione di licenze prevista dagli accordi di franchising rientra nel VBER se tutte le cinque condizioni enumerate al punto 70 dei presenti orientamenti sono soddisfatte. Solitamente ciò si verifica poiché, nella maggior parte degli accordi di franchising, compresi gli accordi di franchising principale, l'affiliante fornisce beni o

⁴⁴ I punti 43-45 si applicano per analogia ad altri tipi di accordi di distribuzione che comportano il trasferimento di un know-how sostanziale dal fornitore all'acquirente.

servizi, soprattutto servizi di assistenza commerciale o tecnica, all'affiliato. I DPI aiutano l'affiliato a rivendere i prodotti forniti dall'affiliante o da un fornitore da questi designato, ovvero ad utilizzare tali prodotti e vendere i beni o i servizi derivati. Qualora l'accordo di franchising riguardi esclusivamente o principalmente la licenza di utilizzazione di DPI, un simile accordo non rientra nell'ambito di applicazione del VBER, ma la Commissione applicherà in generale i principi stabiliti nel VBER e nei presenti orientamenti.

(82) In particolare, per tutelare i DPI dell'affiliante, all'affiliato sono generalmente imposti i seguenti obblighi che, se rientranti nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, sono anch'essi ammessi dal VBER:

- (a) non intraprendere, direttamente o indirettamente, attività simili;
- (b) non acquisire partecipazioni nel capitale di un'impresa concorrente, tali da conferire all'affiliato il potere di influenzare il comportamento economico di tale impresa;
- (c) non rivelare a terzi il know-how fornito dall'affiliante finché tale know-how non sia divenuto di dominio pubblico;
- (d) comunicare all'affiliante qualsiasi esperienza acquisita sfruttando il franchising e concedere all'affiliante e agli altri affiliati una licenza non esclusiva per il know-how che risulta da tale esperienza;
- (e) segnalare all'affiliante le violazioni dei DPI sotto licenza, intraprendere azioni legali contro i trasgressori o assistere l'affiliante in qualsiasi azione legale intentata contro gli stessi;
- (f) non utilizzare il know-how concesso in licenza dall'affiliante a fini diversi dallo sfruttamento del franchising;
- (g) non cedere i diritti e gli obblighi derivanti dall'accordo di franchising senza il consenso dell'affiliante.

4.4.3. *Accordi verticali tra imprese concorrenti*

(83) Sebbene ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 8, VBER, in merito al quale sono fornite indicazioni nella sezione 4.5 dei presenti orientamenti, il VBER non si applichi agli accordi verticali oggetto di altri regolamenti di esenzione per categoria, salvo se tali regolamenti dispongano altrimenti, anche la prima frase dell'articolo 2, paragrafo 4, VBER esclude esplicitamente dall'ambito di applicazione del VBER gli accordi verticali conclusi tra imprese concorrenti, a meno che tali accordi non rientrino nelle eccezioni di cui all'articolo 2, paragrafo 4, lettere a) e b), VBER. Pertanto gli accordi verticali tra concorrenti che sono esclusi dall'ambito di applicazione del VBER devono essere valutati con riferimento alle linee direttrici orizzontali, incluse le indicazioni sullo scambio di informazioni nel contesto degli accordi verticali tra imprese concorrenti. Se un accordo verticale rientra nell'ambito di applicazione di un'eccezione di cui all'articolo 2, paragrafo 4, lettere a) o b), VBER e non contiene restrizioni orizzontali della concorrenza per oggetto, tale accordo deve essere valutato solo con riferimento ai presenti orientamenti.

(84) L'articolo 1, paragrafo 1, lettera c), VBER definisce un'impresa concorrente come un concorrente effettivo o potenziale. Due imprese vengono trattate come concorrenti effettivi se operano sullo stesso mercato rilevante (del prodotto e geografico). Un'impresa è trattata come concorrente potenziale di un'altra impresa se, in assenza dell'accordo, è probabile, in caso di incremento modesto ma permanente dei prezzi

relativi, che la prima impresa, entro un breve periodo di tempo di norma non superiore a un anno, effettui i necessari investimenti aggiuntivi o sostenga altri costi necessari per passare ad altri prodotti onde entrare nel mercato rilevante in cui opera l'altra impresa. Tale valutazione deve basarsi su fondamenti realistici, tenendo conto della struttura del mercato e del contesto economico e giuridico in cui opera. Ciò significa che non è sufficiente la semplice possibilità teorica di ingresso in un mercato, ma vi devono essere possibilità reali e concrete che tale impresa entri nel mercato senza incontrare barriere insormontabili all'ingresso. Per contro non occorre dimostrare con certezza che l'ingresso di tale impresa nel mercato avverrà effettivamente e, a maggior ragione, che sarà successivamente in grado di mantenere la propria posizione.⁴⁵

- (85) Un distributore che comunichi a un produttore le specifiche per fabbricare determinati beni da commercializzare con il marchio del distributore stesso non deve essere considerato come un produttore dei beni suddetti e quindi un concorrente del produttore. Di conseguenza l'esenzione di cui all'articolo 2, paragrafo 1, VBER si applica agli accordi tra un distributore che vende tali beni a marchio proprio fabbricati da un terzo e un fornitore di beni di marca sullo stesso mercato rilevante. Per contro i distributori che fabbricano beni internamente con il proprio marchio sono considerati produttori. Ciò significa che l'esenzione di cui all'articolo 2, paragrafo 1, VBER non si applica agli accordi tra questi distributori e i fornitori di beni di marca sullo stesso mercato rilevante. Tali accordi devono quindi essere valutati secondo le linee direttrici orizzontali.
- (86) La seconda frase dell'articolo 2, paragrafo 4, VBER contiene due eccezioni alla norma generale secondo cui gli accordi verticali tra concorrenti sono esclusi dalla "zona di sicurezza" prevista dal VBER. Entrambe le eccezioni, ossia l'articolo 2, paragrafo 4, lettere a) e b), VBER, riguardano gli accordi di duplice distribuzione tra un fornitore di beni o servizi che opera anche sul mercato al dettaglio e i suoi distributori. Si tratta generalmente di scenari in cui il fornitore opera principalmente sul mercato a monte e effettua attività accessorie limitate sul mercato al dettaglio. Nei casi in cui la quota di mercato aggregata del fornitore e dell'acquirente sul mercato rilevante a livello del dettaglio non supera il [10] %, è improbabile che sorgano questioni orizzontali e si ritiene che qualsiasi impatto potenziale sulla concorrenza orizzontale tra le parti a livello del dettaglio sia di minore importanza rispetto all'impatto potenziale dell'accordo verticale delle parti sulla concorrenza generale a livello di fornitura o di distribuzione.

⁴⁵ Cfr. la comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (in appresso "comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante") (GU C 372 del 9.12.1997, pag. 5), punti da 20 a 24. Una revisione della comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante è imminente. Cfr. anche la tredicesima relazione sulla politica di concorrenza della Commissione, punto 55, e la sentenza della Corte *Generics (UK) Ltd e altri/Competition and Markets Authority*, causa C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punti 36-45; sentenza della Corte, *H. Lundbeck A/S e Lundbeck Ltd/Commissione europea*, ECLI:EU:C:2021:243, punti 54-57.

(87) Pertanto si applica un'esenzione per categoria ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, VBER a un accordo verticale tra concorrenti che rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, paragrafo 4, lettere a) e b), VBER, se sono soddisfatte le seguenti condizioni:

- (a) l'oggetto dell'accordo non rientra nell'ambito di applicazione di un altro regolamento di esenzione per categoria ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 8, VBER;
- (b) la quota di mercato aggregata del fornitore e dell'acquirente sul mercato rilevante a livello del dettaglio non supera il [10] %, il che non restringe in modo significativo il gioco della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1⁴⁶, e l'accordo non contiene restrizioni fondamentali ai sensi dell'articolo 4 VBER;
- (c) le condizioni di cui all'articolo 2, paragrafo 4, lettere a) o b), VBER, sono soddisfatte e
- (d) l'accordo non contiene restrizioni della concorrenza per oggetto ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 6, VBER.

Tale esenzione riguarda tutti gli aspetti dell'accordo verticale non reciproco e tutte le restrizioni orizzontali per effetto, comprese quelle derivanti dallo scambio di informazioni tra le imprese concorrenti. Le restrizioni orizzontali della concorrenza per oggetto non sono contemplate dalle eccezioni dell'articolo 2, paragrafo 4, lettere a) o b)⁴⁷. Il fatto che un accordo possa essere considerato un accordo di duplice distribuzione ai fini dell'applicazione dell'articolo 2, paragrafo 4, lettere a) o b), VBER, dovrebbe essere interpretato in maniera restrittiva a causa del carattere eccezionale di tale disposizione.

(88) L'eccezione di cui all'articolo 2, paragrafo 4, lettera a), VBER riguarda situazioni in cui il fornitore è un produttore, un grossista o un importatore ed è anche un distributore di beni, mentre l'acquirente è solo un distributore che non è in concorrenza con il produttore a monte.

(89) L'eccezione di cui all'articolo 2, paragrafo 4, lettera b), VBER riguarda situazioni in cui il fornitore è un prestatore di servizi che opera a differenti livelli della catena commerciale, mentre l'acquirente opera al livello del commercio al dettaglio e non è in concorrenza con il fornitore al livello della catena commerciale in cui acquista i servizi oggetto del contratto.

(90) L'articolo 2, paragrafo 5, VBER prevede che un accordo verticale concluso tra imprese concorrenti la cui quota di mercato aggregata a livello del dettaglio superi il [10] % continui a beneficiare dell'esenzione per categoria ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, VBER, se sono soddisfatte le seguenti condizioni:

- (a) l'oggetto dell'accordo non rientra nell'ambito di applicazione di un altro regolamento di esenzione per categoria ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 8, VBER;
- (b) la soglia della quota di mercato di cui all'articolo 3 VBER è rispettata e l'accordo non contiene restrizioni fondamentali ai sensi dell'articolo 4 VBER;

⁴⁶ Comunicazione "de minimis", punto 8.

⁴⁷ Cfr. la sentenza della Corte, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence e altri*, ECLI:EU:C:2012:795, punto 37.

- (c) le condizioni di cui all'articolo 2, paragrafo 4, lettere a) o b), VBER, sono soddisfatte
 - (d) qualsiasi scambio di informazioni tra le parti è compatibile con il capitolo pertinente delle linee direttrici orizzontali relativo alla valutazione dello scambio di informazioni sotto il profilo della concorrenza; e
 - (e) l'accordo non contiene restrizioni della concorrenza per oggetto ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 6, VBER.
- (91) L'articolo 2, paragrafo 7, VBER prevede che i fornitori di servizi di intermediazione online ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera d), VBER che svolgono una funzione ibrida, ossia che forniscono servizi di intermediazione online e vendono beni o servizi in concorrenza con le imprese alle quali forniscono tali servizi, non possano beneficiare delle eccezioni relative alla duplice distribuzione. Poiché sollevano in genere questioni orizzontali non trascurabili, le attività al dettaglio dei fornitori di servizi di intermediazione online che svolgono tale funzione ibrida non soddisfano la logica di fondo alla base dell'eccezione relativa alla duplice distribuzione, che in ogni caso deve essere interpretata in maniera restrittiva. Per le medesime ragioni, il VBER non disciplina le restrizioni relative alla misura o alle condizioni in cui i servizi di intermediazione online possono essere forniti a terzi. Ciò non si applica solo alle restrizioni che sono stabilite in un accordo con un acquirente di servizi di intermediazione online, ma anche agli accordi relativi all'acquisto di beni o servizi venduti dal fornitore di servizi di intermediazione online che svolge una funzione ibrida.
- (92) Gli accordi verticali con i fornitori ibridi di servizi di intermediazione online devono essere valutati caso per caso, in particolare facendo riferimento sia ai presenti orientamenti (cfr. la sezione 8 dei presenti orientamenti) sia alle linee direttrici orizzontali. Tale valutazione deve riguardare tutti gli aspetti del rapporto tra i fornitori di servizi di intermediazione online che svolgono una funzione ibrida e le imprese a cui forniscono i servizi di intermediazione online, compreso ad esempio qualsiasi scambio di informazioni tra loro.

4.5. Relazione con altri regolamenti di esenzione per categoria

- (93) Come spiegato nelle sezioni 4.1 e 4.2 dei presenti orientamenti, il VBER si applica agli accordi tra imprese operanti a un livello differente della catena di produzione o di distribuzione e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi. Questi accordi verticali sono valutati esclusivamente in base al VBER e ai presenti orientamenti, indipendentemente dall'esito di tale valutazione. Essi beneficeranno della "zona di sicurezza" istituita dal VBER, se le soglie della quota di mercato non sono superate e gli accordi non contengono restrizioni fondamentali.
- (94) Tuttavia l'articolo 2, paragrafo 8, stabilisce che il VBER "non si applica agli accordi verticali oggetto di altri regolamenti di esenzione per categoria, salvo se tali regolamenti dispongano altrimenti". È quindi importante verificare fin dall'inizio se un accordo verticale rientri nell'ambito di applicazione di qualsiasi altro regolamento di esenzione per categoria. Come enunciato all'articolo 2, paragrafo 4, VBER, per esempio, gli accordi verticali conclusi tra imprese concorrenti sono in linea di principio esclusi dall'ambito di applicazione del VBER e devono essere valutati conformemente alle norme applicabili agli accordi orizzontali. L'articolo 2, paragrafo 4, lettere a) e b), VBER prevede delle eccezioni a tale principio, che devono essere

lette in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 5, VBER, nel caso in cui venga superata la soglia della quota di mercato di cui all'articolo 2, paragrafo 4, lettere a) e b), VBER, ma non sia superata la soglia della quota di mercato di cui all'articolo 3 VBER. Tali disposizioni considerano che gli effetti degli accordi di duplice distribuzione sul mercato e i possibili problemi sotto il profilo della concorrenza possono essere simili agli accordi orizzontali.

- (95) Pertanto il VBER non si applica agli accordi verticali rientranti nel campo di applicazione dei seguenti regolamenti di esenzione per categoria o di qualsiasi futuro regolamento di esenzione per categoria relativo ai tipi di accordi menzionati nei seguenti commi, salvo ove diversamente disposto nel rispettivo regolamento:
- regolamento (UE) n. 316/2014 della Commissione, del 21 marzo 2014, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia⁴⁸;
 - regolamento (UE) n. 1217/2010 della Commissione, del 14 dicembre 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi ricerca e sviluppo⁴⁹;
 - regolamento (UE) n. 1218/2010 della Commissione, del 14 dicembre 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi di specializzazione⁵⁰.
- (96) Il VBER non si applica nemmeno ai tipi di accordi tra concorrenti menzionati nelle linee direttrici orizzontali, salvo ove diversamente disposto nel capitolo pertinente delle linee direttrici orizzontali.
- (97) Il VBER si applica agli accordi verticali relativi all'acquisto, alla vendita o alla rivendita di pezzi di ricambio per autoveicoli e alla fornitura di servizi di riparazione e manutenzione per autoveicoli. Tali accordi beneficiano del VBER solo se, oltre alle condizioni di esenzione previste dal VBER, rispettano i requisiti aggiuntivi del regolamento (UE) n. 461/2010 della Commissione, del 27 maggio 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico e degli orientamenti di cui è corredato.

4.6. Principali tipi di sistemi di distribuzione

- (98) Un fornitore è libero di istituire il proprio sistema di distribuzione nel modo che gli sembra più adatto. Il fornitore può ad esempio scegliere l'integrazione verticale, il che implica la vendita dei suoi beni o servizi direttamente agli utenti finali o la loro distribuzione attraverso i propri distributori integrati verticalmente, ossia le imprese collegate ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, VBER. Un tale sistema di distribuzione si riferisce solo all'organizzazione all'interno di un'impresa specifica e non rientra quindi nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1.
- (99) Il fornitore può anche decidere di nominare dei distributori indipendenti. A tal fine il fornitore può istituire un sistema di distribuzione o una loro combinazione. I più

⁴⁸ GU L 93 del 28.3.2014, pag. 17.

⁴⁹ GU L 335 del 18.12.2010, pag. 36.

⁵⁰ GU L 335 del 18.12.2010, pag. 43.

comuni sono la distribuzione esclusiva, la distribuzione selettiva e il franchising. Poiché gli accordi verticali necessari all'istituzione di tali sistemi di distribuzione sono conclusi tra imprese indipendenti, essi possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, e beneficiare del VBER o di un'esenzione individuale a titolo dell'articolo 101, paragrafo 3, purché siano soddisfatte le rispettive condizioni.

4.6.1. *Sistemi di distribuzione esclusiva*

4.6.1.1. Definizione dei sistemi di distribuzione esclusiva

- (100) In un sistema di distribuzione esclusiva il fornitore attribuisce un territorio o un gruppo di clienti esclusivamente a un acquirente o a un numero limitato di acquirenti e/o lo riserva per sé, limitando al tempo stesso le vendite attive di altri suoi acquirenti all'interno dell'Unione al territorio esclusivo o al gruppo di clienti esclusivo⁵¹.
- (101) I fornitori spesso utilizzano questo tipo di sistema per incentivare i distributori a effettuare gli investimenti finanziari e non finanziari necessari per sviluppare il proprio marchio in un territorio dove non è conosciuto, per vendere un nuovo prodotto in un particolare territorio o a un particolare gruppo di clienti o per orientare meglio le attività dei distributori verso un particolare prodotto (ad esempio sforzi specifici in termini di commercializzazione o di presentazione). Per quanto riguarda i distributori, essi cercano di assicurarsi un certo volume d'affari e un margine che giustifichi i loro investimenti tramite la dimensione del territorio o del gruppo di clienti attribuiti in esclusiva e la protezione offerta dall'esclusività.
- (102) In linea con tale logica di fondo, il numero di distributori esclusivi dovrebbe essere ristretto a uno solo o a un numero limitato (ossia l'esclusività condivisa) per un particolare territorio o un particolare gruppo di clienti. La distribuzione esclusiva non deve essere utilizzata per proteggere un numero elevato di distributori dalla concorrenza che si trova al di fuori del territorio esclusivo, in quanto ciò determinerebbe la compartimentazione del mercato interno. A tal fine il numero di distributori designati dovrebbe essere stabilito proporzionalmente al territorio o al gruppo di clienti attribuiti, in modo da garantire un certo volume di affari che preservi i loro investimenti.
- (103) Il fornitore tutela i distributori designati dalle vendite attive nel territorio esclusivo o al gruppo di clienti esclusivo da parte di altri acquirenti. Quando un fornitore attribuisce un territorio esclusivo o un gruppo di clienti esclusivo a più di un distributore, tutti questi distributori beneficiano della stessa protezione contro le vendite attive effettuate da altri acquirenti, mentre non è consentita la restrizione delle vendite attive e delle vendite passive tra tali distributori.
- (104) Gli accordi verticali utilizzati per la distribuzione esclusiva devono definire l'estensione del territorio o del gruppo di clienti attribuiti in esclusiva ai distributori. Il territorio esclusivo può estendersi al territorio di uno Stato membro o a un'area di dimensioni più o meno grandi. Il gruppo di clienti esclusivo può essere definito ad esempio in base all'occupazione dei clienti o tramite un elenco di clienti specifici selezionati in base a uno o più criteri oggettivi. In funzione di questi criteri, il gruppo di clienti può essere limitato a un solo cliente.

⁵¹ Cfr. l'articolo 1, paragrafo 1, lettera g), VBER.

- (105) Quando un territorio o un gruppo di clienti non è stato ancora attribuito in esclusiva a uno o più distributori, il fornitore può riservare per sé tale territorio o gruppo di clienti e informarne gli altri distributori. Ciò non richiede che il fornitore sia commercialmente attivo nel territorio o nei confronti del gruppo di clienti che ha riservato, poiché può avere intenzione di riservarli allo scopo di attribuirli ad altri distributori in futuro.

4.6.1.2. Applicazione dell'articolo 101 ai sistemi di distribuzione esclusiva

- (106) In un sistema di distribuzione in cui il fornitore attribuisce in esclusiva un territorio o un gruppo di clienti a uno o più acquirenti, i principali possibili effetti sulla concorrenza sono la compartimentazione del mercato, che può facilitare la discriminazione di prezzo, e la riduzione della concorrenza all'interno del marchio, in particolare nel contesto di un sistema esclusivo con un unico distributore. Quando tutti, i più forti o quasi tutti i fornitori operanti in un mercato gestiscono un sistema di distribuzione esclusiva, l'indebolimento della concorrenza tra marchi e la collusione, sia a livello di fornitori che di distributori, potrebbero risultare agevolate. Infine gli accordi di distribuzione esclusiva possono determinare la preclusione ad altri distributori e pertanto ridurre la concorrenza all'interno del marchio a livello di distribuzione.
- (107) Gli accordi di distribuzione esclusiva rientrano nell'ambito del VBER, quando sia la quota di mercato del fornitore che quella dell'acquirente non superano il 30 % e se non contengono restrizioni fondamentali. Un accordo di distribuzione esclusiva può ancora beneficiare della "zona di sicurezza" istituita dal VBER, se in combinazione con altre restrizioni verticali non fondamentali, quali l'obbligo di non concorrenza limitato a cinque anni, l'imposizione di determinati quantitativi o l'acquisto esclusivo. Tuttavia, quando il numero di distributori esclusivi non è limitato e stabilito proporzionalmente al territorio o al gruppo di clienti attribuiti in modo tale da garantire un certo volume di affari che preservi i loro investimenti, è improbabile che un tale sistema di distribuzione produca incrementi di efficienza. Se si verificano effetti anticoncorrenziali sensibili, è probabile che il beneficio del VBER sia revocato.
- (108) La parte restante della presente sezione fornisce orientamenti per la valutazione degli accordi di distribuzione esclusiva nei casi individuali che superano la soglia di mercato del 30 %.
- (109) Il numero di distributori a cui è stato attribuito in esclusiva un territorio o un gruppo di clienti è importante per la valutazione del sistema di distribuzione esclusiva. Quanto più è elevato il numero di distributori, tanto è minore la riduzione della concorrenza all'interno del marchio, così come la probabilità che i distributori esclusivi abbiano buoni motivi per investire nello sviluppo di tale marchio e promuovere il prodotto o i prodotti del fornitore.
- (110) La valutazione della posizione di mercato del fornitore e dei suoi concorrenti è di grande importanza, poiché l'eliminazione della concorrenza all'interno del marchio è pregiudizievole solo quando la concorrenza tra marchi è ridotta. Quanto più forte è la posizione del fornitore, in particolare sopra la soglia del 30 %, tanto più elevata è la probabilità che la concorrenza tra marchi sia debole e tanto più elevato è il rischio per la concorrenza derivante dalla minore concorrenza all'interno del marchio.
- (111) La posizione di mercato dei concorrenti del fornitore può avere una duplice rilevanza: in generale l'esistenza di una forte posizione dei concorrenti indica che la

riduzione di concorrenza all'interno del marchio, che può essere particolarmente importante nel contesto della distribuzione esclusiva, è compensata da una sufficiente concorrenza tra marchi. Tuttavia, se il numero di fornitori in un mercato è alquanto limitato e la loro posizione di mercato è abbastanza simile in termini di quote di mercato, capacità e rete di distribuzione, esiste un rischio di collusione e/o di indebolimento della concorrenza. La perdita di concorrenza all'interno del marchio può accrescere tale rischio, in particolare quando più fornitori gestiscono sistemi analoghi di distribuzione. Il rischio di collusione e/o di indebolimento della concorrenza sia a livello di fornitori che di distributori aumenta ulteriormente quando più fornitori designano lo stesso distributore esclusivo o gli stessi distributori esclusivi in un determinato territorio, vale a dire nel caso di "distribuzione esclusiva multipla". L'attribuzione a uno o più distributori del diritto esclusivo a distribuire due o più prodotti concorrenti importanti nello stesso territorio può ridurre sostanzialmente, per tali marchi, la concorrenza tra i marchi stessi, in particolare nel caso di tariffe all'ingrosso lineari. Quanto maggiore è la quota di mercato cumulata dei marchi distribuiti dai distributori esclusivi multipli, tanto maggiore è il rischio di collusione e/o di indebolimento della concorrenza e la riduzione della concorrenza tra marchi. Se uno o più dettaglianti sono distributori esclusivi di una serie di marchi, vi è il rischio che la riduzione del prezzo all'ingrosso da parte di un fornitore per il suo marchio non sia trasferita dai dettaglianti esclusivi al consumatore finale, poiché ridurrebbe le vendite e i profitti dei dettaglianti conseguiti con gli altri marchi. Ne consegue che, rispetto alla situazione in cui non vi sono distributori esclusivi multipli, i fornitori avranno un interesse ridotto ad entrare reciprocamente in concorrenza sui prezzi. Tali effetti cumulativi possono giustificare la revoca del beneficio del VBER, quando le quote di mercato dei fornitori e degli acquirenti sono inferiori alla soglia fissata del 30 % per il VBER.

- (112) Le barriere all'accesso che possono impedire ai fornitori di creare una propria rete di distribuzione integrata o di trovare distributori alternativi sono criteri meno importanti per valutare i possibili effetti anticoncorrenziali della distribuzione esclusiva, in particolare nel contesto dell'esclusività condivisa. La preclusione del mercato agli altri fornitori non si verifica se la distribuzione esclusiva non è accompagnata dal monomarchismo, che costringe o induce il distributore a concentrare gli ordini di un particolare tipo di prodotto presso un unico fornitore. Sebbene il monomarchismo non richieda l'acquisto da parte del distributore dei prodotti presso il fornitore stesso, la combinazione di distribuzione esclusiva e monomarchismo può rendere più difficile per altri fornitori trovare distributori alternativi.
- (113) La preclusione del mercato agli altri distributori non è pregiudizievole se il fornitore che gestisce il sistema di distribuzione esclusiva designa un numero elevato di distributori esclusivi nello stesso mercato ed essi sono liberi di effettuare vendite a distributori non designati. La preclusione degli altri distributori può diventare tuttavia un problema qualora esista un potere di mercato a valle, in particolare in presenza di territori molto vasti nei quali un distributore esclusivo diventa l'acquirente esclusivo nell'intero mercato. Ciò si verifica ad esempio quando una catena di supermercati diventa l'unico distributore di un marchio leader in un mercato alimentare nazionale al dettaglio. La preclusione del mercato agli altri distributori può risultare più grave nel caso di distributori esclusivi multipli.
- (114) Il potere contrattuale dell'acquirente può anche aumentare il rischio di collusione da parte degli acquirenti quando gli accordi di distribuzione esclusiva sono imposti ad

uno o più fornitori da acquirenti importanti eventualmente situati nello stesso territorio o in territori differenti.

- (115) La valutazione delle dinamiche del mercato è importante perché la domanda crescente, le tecnologie e le posizioni di mercato in evoluzione possono rendere gli effetti negativi meno probabili che nei mercati maturi.
- (116) Il livello della catena commerciale è un fattore importante, in quanto i possibili effetti negativi possono essere diversi a livello di commercio all'ingrosso o al dettaglio. La distribuzione esclusiva è applicata principalmente alla distribuzione di beni o servizi finali. Una riduzione di concorrenza all'interno di un marchio può verificarsi soprattutto a livello di commercio al dettaglio, se i territori sono vasti, poiché i consumatori finali potrebbero avere un margine ridotto di scelta, per un marchio importante, tra un distributore che offre un prezzo elevato con un servizio elevato ed un distributore a prezzo basso e servizio basso.
- (117) Quando un produttore sceglie un grossista quale distributore esclusivo, gli attribuisce di norma un territorio più vasto, corrispondente ad esempio a quello di un intero Stato membro. In tal caso, se il grossista può vendere senza restrizioni il prodotto ai dettaglianti a valle, è improbabile che ci saranno rilevanti effetti anticoncorrenziali. Un'eventuale riduzione della concorrenza all'interno del marchio, a livello di commercio all'ingrosso, può essere facilmente compensata da vantaggi in termini di efficienza nella logistica e nella promozione, in particolare quando la sede operativa del produttore è in un altro Stato membro. I possibili effetti negativi sulla concorrenza tra marchi derivanti dall'eventuale esistenza di distributori esclusivi multipli sono tuttavia superiori a livello di commercio all'ingrosso che al dettaglio. Se un grossista diventa il distributore esclusivo di un numero significativo di fornitori, non solo sussiste il rischio che la concorrenza tra tali marchi si riduca, ma vi è anche un rischio maggiore di preclusione al livello all'ingrosso della catena commerciale.
- (118) La valutazione di un sistema di distribuzione esclusiva mediante il quale un gruppo di clienti è attribuito in esclusiva da un fornitore a uno o più acquirenti è soggetta agli stessi fattori menzionati nei punti da 100 a 117 dei presenti orientamenti e dovrebbe anche tenere conto delle seguenti indicazioni:
- (119) per quanto riguarda l'attribuzione esclusiva del territorio, l'attribuzione esclusiva di un gruppo di clienti rende in genere più difficile l'arbitraggio da parte dei clienti. Inoltre, dato che ogni distributore designato ha la propria categoria di clienti, i distributori a cui non è stato attribuito in esclusiva alcun gruppo di clienti possono avere difficoltà a rifornirsi del prodotto: ciò riduce le possibilità di arbitraggio degli altri distributori.
- (120) Un sistema di distribuzione esclusiva che limita la concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, può tuttavia conseguire vantaggi in termini di efficienza che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, e quindi essere esentato dall'applicazione dell'articolo 101 su base individuale.
- (121) Come indicato al punto 112 dei presenti orientamenti, è improbabile che si verifichi la preclusione nei confronti di altri fornitori, a meno che la distribuzione esclusiva non sia accompagnata dal monomarchismo. Tuttavia, anche quando la distribuzione esclusiva è accompagnata dal monomarchismo, la preclusione anticoncorrenziale del mercato ad altri fornitori risulta improbabile, tranne eventualmente quando il monomarchismo è applicato ad una densa rete di distributori esclusivi con piccoli

territori o in caso di effetto cumulativo. In tal caso si dovrebbero applicare i principi descritti alla sezione 8.2.1 dei presenti orientamenti in merito al monomarchismo. Tuttavia, quando la combinazione di distribuzione esclusiva e monomarchismo non ha un effetto di preclusione rilevante, può essere considerata effettivamente favorevole alla concorrenza in quanto aumenta per il distributore esclusivo l'incentivo a concentrare i propri sforzi su un marchio specifico. Di conseguenza, in assenza di un tale effetto di preclusione rilevante, è possibile che la combinazione della distribuzione esclusiva e del monomarchismo soddisfi le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, per tutta la durata dell'accordo, in particolare se applicata a livello di commercio all'ingrosso.

- (122) La combinazione della distribuzione esclusiva e dell'obbligo di approvvigionamento esclusivo, che impone ai distributori esclusivi di acquisire, per il marchio del fornitore, le loro forniture direttamente da quest'ultimo, aumenta i rischi per la concorrenza connessi a una riduzione di concorrenza all'interno del marchio e a una compartimentazione del mercato, il che può facilitare in particolare la discriminazione di prezzo. La distribuzione esclusiva riduce già l'arbitraggio da parte dei clienti in quanto limita il numero di distributori ed è generalmente associata a restrizioni di vendita attive imposte agli altri distributori per proteggere gli investimenti effettuati dai distributori esclusivi nel territorio esclusivo. Gli accordi di approvvigionamento esclusivo eliminano inoltre l'eventuale arbitraggio dei distributori esclusivi cui viene impedito di rifornirsi da altri distributori del sistema di distribuzione esclusiva. Ciò migliora le possibilità per il fornitore di limitare la concorrenza all'interno del marchio applicando nel contempo condizioni di vendita diverse a scapito dei consumatori, a meno che la combinazione della distribuzione esclusiva e dell'obbligo di approvvigionamento esclusivo non consenta vantaggi in termini di efficienza che determinino prezzi più bassi.
- (123) La natura dei prodotti può essere un fattore rilevante ai fini della valutazione di eventuali effetti anticoncorrenziali della distribuzione esclusiva. Tali effetti saranno meno acuti nei settori in cui le vendite online sono più diffuse. Tale natura diventa inoltre rilevante per la valutazione di eventuali vantaggi in termini di efficienza, vale a dire dopo aver accertato un effetto anticoncorrenziale sensibile.
- (124) La distribuzione esclusiva può determinare vantaggi in termini di efficienza, in particolare quando sono necessari investimenti da parte dei distributori per proteggere o creare l'immagine del marchio e fornire servizi al fine di incentivare la domanda. Si ritiene di norma che i vantaggi in termini di efficienza si verifichino soprattutto per prodotti nuovi, prodotti complessi, prodotti la cui qualità è di difficile valutazione prima del consumo (prodotti cosiddetti "d'esperienza") o anche dopo il consumo (prodotti cosiddetti "di convinzione"). Inoltre la distribuzione esclusiva può avere come effetto un risparmio di costi logistici, grazie ad economie di scala nel trasporto e nella distribuzione.
- (125) Si ritiene che i vantaggi in termini di efficienza che possono derivare dall'esclusività condivisa siano superiori ai possibili effetti negativi che un tale sistema può generare, a condizione che il fornitore possa dimostrare che il numero di distributori esclusivi è stato stabilito proporzionalmente al territorio o al gruppo di clienti che ha attribuito in modo tale da assicurare un certo volume di affari che preservi lo sforzo di investimento dei distributori.
- (126) I sistemi di distribuzione esclusiva basati sull'attribuzione di gruppi di clienti esclusivi che limitano la concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, possono

anche soddisfare le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, ed essere quindi esentati dall'applicazione dell'articolo 101 su base individuale. Gli accordi di attribuzione esclusiva di clientela possono creare vantaggi in termini di efficienza, quando gli investimenti dei distributori sono necessari per creare l'immagine del marchio, quando i distributori devono effettuare investimenti ad esempio in impianti, formazione o know-how specifici al fine di assecondare le richieste del gruppo di clienti esclusivo attribuito o quando tali investimenti realizzano economie di scala o di gamma nella logistica (ad esempio un dettagliante dedicato che si occupa delle gare d'appalto delle pubbliche amministrazioni relative a computer o forniture d'ufficio). Il periodo di ammortamento di tali investimenti indica la durata in cui può essere giustificato un sistema di distribuzione esclusiva basato sull'attribuzione di gruppi di clienti esclusivi. In genere l'attribuzione esclusiva dei clienti è giustificata soprattutto quando riguarda prodotti nuovi o complessi e prodotti che devono essere adattati alle esigenze dei singoli clienti. Tali esigenze specifiche sono identificabili in particolare per i beni intermedi, vale a dire i beni venduti a differenti categorie di acquirenti professionali. Quando l'attribuzione riguarda clienti finali, è poco probabile che si verifichino vantaggi in termini di efficienza.

(127) Esempio di distributori esclusivi multipli in un mercato oligopolistico

In un mercato nazionale di prodotti finali esistono quattro leader di mercato, ciascuno dei quali detiene una quota di mercato del 20 % circa. I quattro leader di mercato vendono il loro prodotto tramite distributori esclusivi al livello di vendita al dettaglio. A tali rivenditori viene attribuito un territorio esclusivo, che corrisponde alla città in cui essi hanno sede o ad una zona della città, per le città di dimensioni più grandi. Nella maggior parte dei territori, i quattro leader di mercato hanno designato un rivenditore esclusivo comune (situazione di distribuzione multipla), spesso centralmente ubicato e abbastanza specializzato nel prodotto. Il 20 % della quota restante del mercato nazionale è composto di piccoli produttori locali, di cui il maggiore detiene una quota di mercato del 5 %. Tali produttori locali vendono di norma i loro prodotti tramite altri dettaglianti, in particolare perché i distributori esclusivi dei quattro maggiori fornitori sono in genere poco interessati a vendere marchi meno conosciuti e più a buon mercato. Sul mercato esiste una forte differenziazione di marchi e di prodotti. I quattro leader di mercato effettuano ampie campagne nazionali di pubblicità e promuovono un'immagine forte del marchio, mentre i produttori marginali non fanno pubblicità per i loro prodotti a livello nazionale. Il mercato è abbastanza maturo e caratterizzato da una domanda stabile e dall'assenza di rilevanti innovazioni di prodotto e tecnologiche. Il prodotto è relativamente semplice.

In un simile mercato oligopolistico, esiste un rischio di collusione tra i quattro leader di mercato. Tale rischio aumenta a causa della distribuzione multipla. La concorrenza all'interno dei singoli marchi è ridotta dall'esclusività territoriale. La concorrenza tra i quattro marchi principali è ridotta, a livello di commercio al dettaglio, in quanto lo stesso dettagliante fissa il prezzo per tutti e quattro i marchi nel suo territorio. In una situazione di distribuzione multipla, se un produttore riduce il prezzo per il suo marchio, il rivenditore non è spinto a trasferire tale riduzione di prezzo al consumatore finale perché ridurrebbe le vendite e i profitti conseguiti con gli altri marchi. Ne consegue che i produttori hanno un interesse ridotto ad entrare reciprocamente in concorrenza sui prezzi. La concorrenza sui prezzi tra i diversi marchi esiste essenzialmente per i beni dei produttori marginali, con un'immagine debole di marchio. Gli eventuali vantaggi in termini di efficienza per i distributori esclusivi

(comuni) sono limitati, in quanto il prodotto è relativamente semplice, l'attività di rivendita non richiede alcuna formazione od investimento specifici e la pubblicità è fatta essenzialmente a livello dei produttori.

Anche se ognuno dei leader di mercato detiene una quota di mercato inferiore alla soglia, le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, potrebbero non essere soddisfatte e potrebbe essere necessario revocare l'esenzione per categoria per gli accordi conclusi con i distributori la cui quota di mercato è inferiore al 30 % nel mercato dell'approvvigionamento.

(128) Esempio di attribuzione esclusiva di clienti

Una società ha sviluppato un sofisticato impianto antincendio. La società detiene attualmente una quota pari al 40 % del mercato degli impianti antincendio. Quando ha iniziato le vendite di tale sofisticato impianto antincendio, la società deteneva, con un prodotto più vecchio, una quota di mercato del 20 %. Le condizioni d'installazione del nuovo tipo di impianto antincendio dipendono dal tipo di edificio in cui essa deve essere effettuata e dall'uso al quale l'edificio è adibito (ad esempio ufficio, impianto chimico od ospedale). La società ha designato una serie di distributori, incaricati della vendita e dell'installazione del sofisticato impianto antincendio. Ogni distributore ha assunto l'impegno di dare una formazione adeguata ai propri dipendenti in merito ai requisiti generali e specifici necessari per l'installazione del sofisticato impianto antincendio presso determinate categorie di clienti. Per garantire la specializzazione dei distributori, la società ha attribuito ad ogni distributore una categoria di clienti in esclusiva e ha proibito le vendite attive alle reciproche categorie di clienti in esclusiva. Dopo un periodo di cinque anni tutti i distributori esclusivi saranno autorizzati a vendere attivamente a tutte le categorie di clienti e di conseguenza il sistema di attribuzione esclusiva di clienti cesserà. A quella data, il fornitore potrà iniziare a vendere anche a nuovi distributori. Nel mercato, che è abbastanza dinamico, vi sono stati di recente due ingressi e vari sviluppi tecnologici. I concorrenti detengono quote di mercato comprese tra il 5 % e il 25 % e stanno migliorando la qualità dei loro prodotti.

In tale situazione, è probabile che le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, siano soddisfatte in quanto l'esclusiva ha una durata limitata e consente ai distributori di ammortizzare gli investimenti e di concentrare gli sforzi di vendita iniziali su una determinata categoria di clienti; inoltre gli eventuali effetti anticoncorrenziali sono limitati da un mercato dinamico.

4.6.2. *Sistemi di distribuzione selettiva*

4.6.2.1. Definizione dei sistemi di distribuzione selettiva

- (129) Come enunciato all'articolo 1, paragrafo 1, lettera f), VBER, in un sistema di distribuzione selettiva il fornitore si impegna a vendere i beni o i servizi oggetto del contratto, direttamente o indirettamente, solo a distributori selezionati sulla base di criteri specificati e questi distributori si impegnano a non vendere tali beni o servizi a rivenditori non autorizzati nel territorio che il fornitore ha riservato a tale sistema.
- (130) I criteri utilizzati dal fornitore per selezionare i distributori possono essere di natura qualitativa e/o quantitativa. I criteri qualitativi sono criteri oggettivi collegati alla natura dei prodotti, quali il livello di qualificazione professionale del personale

addetto alle vendite, il servizio fornito da ciascun punto vendita autorizzato e la vendita di una determinata gamma di prodotti⁵². I criteri quantitativi limitano in maniera più diretta il numero potenziale di rivenditori, imponendo ad esempio un livello minimo o massimo di acquisti o fissando il numero di rivenditori. Tali criteri possono essere modificati durante l'intera durata dell'accordo di distribuzione selettiva.

- (131) I sistemi di distribuzione selettiva sono paragonabili ai sistemi di distribuzione esclusiva in quanto restringono il numero di distributori autorizzati e le possibilità di rivendita. Tali sistemi si differenziano da quelli di distribuzione esclusiva in quanto la restrizione del numero di rivenditori dipende da criteri di selezione specifici. Un'ulteriore differenza rispetto alla distribuzione esclusiva deriva dal fatto che le restrizioni imposte alla rivendita connesse alla distribuzione selettiva non sono restrizioni di vendita attiva in un territorio o gruppo di clienti esclusivi, bensì restrizioni di vendita attiva e passiva a distributori non autorizzati. Di conseguenza solo i distributori designati e i consumatori finali possono diventare acquirenti.

4.6.2.2. Applicazione dell'articolo 101 ai sistemi di distribuzione selettiva

- (132) I possibili effetti sulla concorrenza dei sistemi di distribuzione selettiva sono una riduzione della concorrenza all'interno del marchio e, in particolare nell'ipotesi di un effetto cumulativo, la preclusione del mercato a determinati tipi di distributori nonché l'indebolimento della concorrenza e potenzialmente l'agevolazione della collusione tra acquirenti a causa della limitazione del loro numero.
- (133) La valutazione di eventuali effetti anticoncorrenziali della distribuzione selettiva dovrebbe essere innanzitutto incentrata sulla conformità del sistema di distribuzione selettiva all'articolo 101, paragrafo 1. A tal fine è necessario fare una distinzione tra accordi di distribuzione selettiva puramente qualitativa e accordi di distribuzione selettiva quantitativa.
- (134) Gli accordi di distribuzione selettiva puramente qualitativa, in cui i rivenditori sono selezionati unicamente sulla base di criteri oggettivi collegati alla natura dei prodotti, non impone un limite diretto al numero dei rivenditori. Purché vengano soddisfatte le tre condizioni stabilite dalla Corte di giustizia nella sentenza *Metro*⁵³ (i cosiddetti "criteri Metro"), in genere si ritiene che la distribuzione selettiva basata su criteri puramente qualitativi non rientri nell'ambito dell'articolo 101, paragrafo 1, in quanto si può supporre che la restrizione della concorrenza all'interno del marchio connessa alla distribuzione selettiva sia compensata da un miglioramento della concorrenza qualitativa tra marchi⁵⁴. In primo luogo la natura dei beni o servizi in questione deve rendere necessario un sistema di distribuzione selettiva. Ciò significa che, in

⁵² Cfr. ad esempio la sentenza nella causa T-88/92, *Groupement d'achat Édouard Leclerc/Commissione*, EU:T:1996:192, punti 125 e seguenti.

⁵³ Cfr. le sentenze nella causa 31/80, *NV L'Oréal e SA L'Oréal/PVBA*, EU:C:1980:289, punti 15-16; la causa 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commissione* ("Metro I"), EU:C:1977:167, punti 20-21; la causa C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence*, EU:C:2011:649, punti 41; la causa C-230/16, *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH*, EU:C:2017:941, punto 24.

⁵⁴ Cfr. le sentenze nella causa 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commissione* ("Metro I"), EU:C:1977:167, punti 20-22; la causa 107/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Commissione*, EU:C:1983:293, punti 33, 34 e 73; la causa 75/84, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commissione* ("Metro I"), EU:C:1986:399, punto 45; la causa T-88/92, *Groupement d'achat Édouard Leclerc/Commissione*, EU:T:1996:192, punto 106.

considerazione delle caratteristiche del prodotto in questione, un tale sistema deve rappresentare un requisito legittimo per conservarne la qualità e garantirne un utilizzo corretto. Ad esempio un sistema di distribuzione selettiva che non rientra nell'articolo 101, paragrafo 1, può essere applicato ai prodotti di alta qualità o di alta tecnologia⁵⁵. L'applicazione di un sistema di distribuzione selettiva può essere necessaria anche per i beni di lusso. La qualità di tali beni può risultare non solo dalle loro caratteristiche materiali, ma anche dall'aura di lusso che li circonda. Pertanto può essere necessario stabilire un sistema di distribuzione selettiva che abbia lo scopo di assicurare una presentazione dei beni che contribuisca a salvaguardare la loro aura di lusso per preservarne la qualità⁵⁶. In secondo luogo la scelta dei rivenditori deve avvenire secondo criteri oggettivi d'indole qualitativa stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e applicati in modo non discriminatorio. Anche se secondo la giurisprudenza non è necessario che i criteri qualitativi siano resi noti a tutti i potenziali rivenditori, tale trasparenza può aumentare la probabilità di soddisfare i criteri Metro⁵⁷. In terzo luogo i criteri stabiliti non devono andare oltre il necessario⁵⁸.

- (135) La valutazione della distribuzione selettiva di cui all'articolo 101, paragrafo 1, richiede anche un'analisi separata di ciascuna clausola potenzialmente restrittiva dell'accordo secondo i criteri Metro⁵⁹. Ciò comporta in particolare che si debba accertare se la clausola restrittiva sia proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito dal sistema di distribuzione selettiva e se non superi quanto necessario per raggiungere tale obiettivo⁶⁰. È improbabile che le restrizioni fondamentali soddisfino tali requisiti. Per contro, ad esempio, il divieto imposto da un fornitore, ai suoi distributori autorizzati di servirsi in maniera riconoscibile di piattaforme terze per la vendita su internet dei prodotti di lusso può essere considerato adeguato, a condizione che consenta ai distributori autorizzati di fare pubblicità via internet su piattaforme di terzi e di utilizzare motori di ricerca online, sicché i clienti sono di norma in grado di trovare l'offerta internet dei distributori autorizzati utilizzando siffatti motori e non superando quanto necessario per salvaguardare l'immagine di lusso di tali prodotti⁶¹. Se questo è il caso, esso non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, e non occorre procedere a un'ulteriore analisi.

⁵⁵ Sentenze nella causa 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commissione* ("Metro I"), EU:C:1977:167; la causa 107/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Commissione*, EU:C:1983:293.

⁵⁶ Cfr. la sentenza nella causa C-230/16, *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH*, EU:C:2017:941, punti 25-29.

⁵⁷ Cfr. anche, per analogia, la sentenza nella causa C-158/11, *Auto 24 SARL/Jaguar Land Rover France SAS*, EU:C:2012:351.

⁵⁸ Cfr. le sentenze nella causa 31/80, *NV L'Oréal e SA L'Oréal/PVBA*, EU:C:1980:289, punti 15-16; la causa 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commissione* ("Metro I"), EU:C:1977:167, punti 20-21; la causa 107/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Commissione*, EU:C:1983:293, punto 35; la causa T-19/91, *Société d'Hygiène Dermatologique de Vichy/Commissione*, EU:T:1992:28, punto 65.

⁵⁹ Cfr. il punto 134 dei presenti orientamenti.

⁶⁰ Cfr. la sentenza nella causa C-230/16, *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH*, EU:C:2017:941, punti 43 e seguenti.

⁶¹ Cfr. la sentenza nella causa C-230/16, *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH*, EU:C:2017:941, punti 43 e seguenti, in particolare il punto 67.

- (136) Anche se non soddisfano i criteri Metro, i sistemi di distribuzione selettiva qualitativa e/o quantitativa possono beneficiare della "zona di sicurezza", a condizione che le quote di mercato del fornitore e dell'acquirente non superino ciascuna il 30 % e che l'accordo non contenga restrizioni fondamentali⁶². Il beneficio dell'esenzione è possibile se la distribuzione selettiva è in combinazione con altre restrizioni verticali non gravi, quali l'obbligo di non concorrenza. L'esenzione per categoria si applica a prescindere dalla natura del prodotto in questione e dal criterio di selezione. Tuttavia se le caratteristiche del prodotto non richiedono una distribuzione selettiva⁶³ né l'applicazione di criteri, come la condizione per i distributori di avere uno o più punti vendita non virtuali o di fornire specifici servizi, tale sistema di distribuzione non comporta generalmente vantaggi in termini di efficienza tali da compensare una notevole riduzione della concorrenza all'interno del marchio. Se si verificano effetti anticoncorrenziali sensibili, è probabile che il beneficio del VBER sia revocato.
- (137) La parte restante della presente sezione fornisce orientamenti per la valutazione individuale dei sistemi di distribuzione selettiva che non soddisfano i criteri Metro e non rientrano nel VBER o nel caso di un effetto cumulativo derivante da reti parallele di distribuzione selettiva nello stesso mercato.
- (138) La posizione di mercato del fornitore e dei suoi concorrenti è un fattore molto importante per valutare gli eventuali effetti anticoncorrenziali, in quanto la riduzione di concorrenza all'interno del marchio può essere dannosa solo se la concorrenza tra marchi diversi è ridotta. Quanto più forte è la posizione del fornitore, in particolare sopra la soglia del 30 %, tanto più elevato è il rischio per la concorrenza derivante dalla riduzione maggiore della concorrenza all'interno del marchio. Un altro fattore importante è il numero di reti di distribuzione selettiva presenti nello stesso mercato. Se sul mercato la distribuzione selettiva viene applicata da un solo fornitore, la distribuzione selettiva quantitativa non crea di norma effetti negativi netti. In pratica tuttavia la distribuzione selettiva viene spesso applicata da vari fornitori in un mercato particolare.
- (139) La posizione di mercato dei concorrenti può avere una duplice rilevanza: da un lato l'esistenza di una forte posizione dei concorrenti indica in generale che la riduzione di concorrenza all'interno del marchio, che può essere particolarmente importante nel contesto della distribuzione esclusiva, è compensata da una sufficiente concorrenza tra marchi. Dall'altro, nel caso di effetti cumulativi, quando la maggioranza dei principali fornitori in un mercato applica la distribuzione selettiva, si potrebbe creare una preclusione di determinati tipi di distributori (ossia i distributori di tipo "discount"). Il rischio di preclusione dei distributori più efficienti è maggiore nel caso della distribuzione selettiva piuttosto che della distribuzione esclusiva, a causa della restrizione delle vendite a rivenditori non autorizzati imposta nella distribuzione selettiva. Tale restrizione ha l'obiettivo di attribuire ai sistemi di distribuzione selettiva un carattere chiuso, in cui solo i distributori autorizzati che

⁶² Cfr. la sentenza nella causa C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence*, EU:C:2011:649; cfr. anche, per analogia, la sentenza nella causa C-158/11, *Auto 24 SARL/Jaguar Land Rover France SAS*, EU:C:2012:351.

⁶³ Cfr. ad esempio la sentenza del Tribunale nella causa T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc/Commissione*, Racc. 1996, pag. II-1851, punti 112-123; la causa T-88/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc/Commissione*, Racc. 1996, pag. II-1961, punti 106-117, e la giurisprudenza di cui alla nota precedente.

soddisfano i criteri hanno accesso al prodotto, rendendo al contempo l'approvvigionamento impossibile per i rivenditori non autorizzati. Ciò rende la distribuzione selettiva particolarmente atta a evitare una pressione sui margini del produttore e dei distributori autorizzati da parte di distributori di tipo "discount" (che siano distributori che operano offline o esclusivamente online). La preclusione di tali formati di distribuzione, sia essa dovuta all'uso cumulativo della distribuzione selettiva o al suo uso da parte di un singolo fornitore avente una quota di mercato superiore al 30 %, riduce le possibilità per i consumatori di trarre vantaggio dai benefici specifici offerti da tali formati di distribuzione, quali prezzi inferiori, maggiore trasparenza e accesso più ampio al prodotto.

(140) Quando il VBER viene applicato a reti individuali di distribuzione selettiva, la revoca del beneficio dell'esenzione per categoria o la disapplicazione del VBER potrebbe essere valutata nel caso di effetto cumulativo. Tuttavia è improbabile che sorga un problema di effetto cumulativo quando la quota di mercato coperta dalla distribuzione selettiva non supera il 50 %. Inoltre è improbabile che si verifichino problemi sotto il profilo della concorrenza se la copertura del mercato è superiore al 50 %, ma la quota di mercato aggregata dei cinque maggiori fornitori non supera il 50 %. Qualora tanto la quota dei cinque maggiori fornitori che la quota di mercato coperta dalla distribuzione selettiva superino il 50 %, la valutazione può variare a seconda che la distribuzione selettiva venga applicata da tutti e cinque i maggiori fornitori o solo da alcuni. Quanto più è forte la posizione dei concorrenti che non applicano la distribuzione selettiva, tanto più diventa improbabile la preclusione del mercato ad altri distributori. Qualora tutti e cinque i maggiori fornitori praticino la distribuzione selettiva possono sorgere problemi sotto il profilo della concorrenza. Ciò vale in particolare se gli accordi conclusi dai maggiori fornitori contengono criteri di selezione quantitativi che limitano in modo diretto il numero di rivenditori autorizzati o quando i criteri qualitativi applicati precludono il mercato a determinati schemi di distribuzione, quale la condizione di avere uno o più punti vendita non virtuali o di fornire specifici servizi che in genere possono essere forniti solo in un particolare schema di distribuzione. In genere è improbabile che le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, vengano soddisfatte se i sistemi di distribuzione selettiva che contribuiscono all'effetto cumulativo impediscono l'accesso al mercato ai nuovi distributori in grado di vendere adeguatamente i prodotti in questione. In particolare è improbabile che i consumatori finali beneficino di vantaggi in termini di efficienza, se i sistemi di distribuzione includono solo alcuni canali esistenti, escludendo dal mercato i distributori di tipo "discount" o i distributori operanti esclusivamente online che offrono ai consumatori prezzi più bassi. Forme più indirette di distribuzione selettiva quantitativa, derivanti ad esempio dalla combinazione di criteri di selezione puramente qualitativi con l'imposizione ai rivenditori dell'obbligo di effettuare un volume annuale minimo di acquisti, sono meno atte a produrre effetti negativi netti se il volume non costituisce una parte significativa del fatturato totale del distributore realizzato per i prodotti in questione e non supera quanto è necessario perché il fornitore recuperi gli investimenti che sono specifici al rapporto contrattuale e/o realizzi economie di scala nella distribuzione. In linea generale si ritiene che un fornitore avente una quota di mercato che non supera il 5 % non contribuisca in misura significativa all'effetto cumulativo.

(141) Le barriere all'ingresso hanno rilievo principalmente nell'ipotesi di preclusione dal mercato di distributori non autorizzati. Le barriere all'ingresso potrebbero essere notevoli se la distribuzione selettiva è applicata dai produttori di prodotti di marca,

poiché i dettaglianti esclusi dal sistema di distribuzione selettiva avranno in genere bisogno di tempo e di investimenti sostanziali per lanciare marchi propri o per ottenere altrove forniture competitive.

- (142) Il potere d'acquisto è suscettibile di aumentare il rischio di collusione tra rivenditori. I distributori che detengono una forte posizione di mercato possono indurre i fornitori ad applicare criteri selettivi che precluderebbero l'accesso al mercato a distributori nuovi e più efficienti. Di conseguenza il potere d'acquisto è suscettibile di modificare in maniera sostanziale la valutazione di eventuali effetti anticoncorrenziali causati dalla distribuzione selettiva. In particolare si può verificare una preclusione dal mercato dei distributori più efficienti, se una forte organizzazione di rivenditori impone al fornitore criteri di selezione volti a limitare la distribuzione a vantaggio dei suoi membri.
- (143) L'articolo 5, paragrafo 1, lettera c), VBER proibisce al fornitore di obbligare direttamente o indirettamente i distributori autorizzati a non vendere marchi di particolari fornitori concorrenti. Tale disposizione ha specificatamente l'obiettivo di evitare la collusione orizzontale volta ad escludere particolari marchi attraverso la creazione di un gruppo selettivo di marchi da parte dei fornitori leader del mercato. È improbabile che un tale obbligo sia esentabile quando la quota di mercato dei cinque maggiori fornitori è uguale o superiore al 50 %, tranne quando nessuno dei fornitori che impone tale obbligo fa parte dei cinque maggiori fornitori del mercato.
- (144) In genere i problemi sotto il profilo della concorrenza relativi alla preclusione ad altri fornitori non si verificheranno se non si impedirà ad altri fornitori di avvalersi degli stessi distributori, ad esempio come quando la distribuzione selettiva è combinata con il monomarchismo. Nell'ipotesi di una fitta rete di distributori autorizzati o nel caso di effetti cumulativi, la combinazione della distribuzione selettiva e di un obbligo di non concorrenza è suscettibile di creare un rischio di preclusione per gli altri fornitori. In tal caso vanno applicati i principi descritti alla sezione 8.2.1 dei presenti orientamenti in merito al monomarchismo. Anche se la distribuzione selettiva non è combinata con un divieto di concorrenza, la preclusione del mercato ai fornitori concorrenti può tuttavia costituire un problema se i cinque fornitori principali non solo applicano criteri di selezione puramente qualitativi ma impongono anche ai loro distributori ulteriori obblighi quale l'obbligo di riservare ai prodotti del fornitore uno spazio minimo sugli scaffali o di garantire che le vendite dei prodotti del fornitore da parte del distributore raggiungano una percentuale minima del fatturato totale del distributore. È improbabile che tale problema si presenti se la quota di mercato coperta dalla distribuzione selettiva non supera il 50 % o, qualora tale tasso di copertura venga superato, se la quota di mercato dei cinque maggiori fornitori non è superiore al 50 %.
- (145) La valutazione delle dinamiche del mercato è importante perché la domanda crescente, le tecnologie e le posizioni di mercato in evoluzione possono rendere gli effetti negativi meno probabili che nei mercati maturi.
- (146) La distribuzione selettiva può essere efficiente quando consente risparmi di costi logistici, grazie ad economie di scala nel trasporto dei beni, situazione che può verificarsi indipendentemente dalla natura del prodotto (cfr. il punto 14, lettera g), dei presenti orientamenti). Tuttavia nei sistemi di distribuzione selettiva tali economie rappresentano di norma solo un'efficienza marginale. La natura del prodotto è un fattore importante per valutare se la distribuzione selettiva è giustificata per eliminare un problema del parassitismo tra i distributori (cfr. il

punto 14, lettera b), dei presenti orientamenti) o per facilitare la creazione o la salvaguardia di un'immagine di marchio (cfr. il punto 14, lettera h), dei presenti orientamenti). In generale è più probabile che l'uso della distribuzione selettiva per conseguire tali tipi di vantaggi in termini di efficienza sia giustificato per prodotti nuovi, prodotti complessi o prodotti la cui qualità è di difficile valutazione prima del consumo (prodotti cosiddetti "d'esperienza") o anche dopo il consumo (prodotti cosiddetti "di convinzione"). La combinazione della distribuzione selettiva con una clausola di ubicazione, che protegge un distributore autorizzato dalla concorrenza derivante dall'eventualità che altri distributori autorizzati aprano un punto vendita nelle vicinanze, può in particolare soddisfare le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, se essa è indispensabile per proteggere considerevoli investimenti, specifici al rapporto contrattuale, effettuati dal distributore autorizzato (cfr. il punto 14, lettera e), dei presenti orientamenti). Per garantire che venga scelta la restrizione meno anticoncorrenziale, è importante valutare se gli stessi vantaggi in termini di efficienza non potrebbero essere ottenuti a un costo comparabile, stabilendo esclusivamente ad esempio requisiti inerenti al servizio.

(147) Esempio di distribuzione selettiva quantitativa

In un mercato di beni durevoli, il produttore del marchio A, che ha la leadership del mercato e detiene una quota di mercato del 35 %, vende i suoi prodotti ai consumatori finali attraverso un sistema di distribuzione selettiva. L'ammissione al sistema è subordinata a numerosi criteri: il personale del punto vendita deve essere specializzato e fornire servizi pre-vendita, nel punto vendita deve esistere una zona specializzata, dedicata alle vendite del prodotto e di prodotti hi-tech analoghi e il punto vendita deve vendere un'ampia gamma di prodotti del fornitore e presentarli alla vendita in maniera attraente. Inoltre il numero di dettaglianti ammessi nel sistema è limitato in modo diretto da un numero massimo di dettaglianti per numero di abitanti in ogni provincia o area urbana. Il produttore A ha sei concorrenti in tale mercato. I produttori dei marchi B, C e D e i concorrenti principali detengono quote di mercato rispettivamente pari al 25 %, 10 % e 15 %, mentre gli altri produttori hanno quote di mercato inferiori. A è l'unico produttore ad utilizzare la distribuzione selettiva. I distributori selettivi del marchio A commercializzano sempre un certo numero di marchi concorrenti. Tuttavia tali marchi concorrenti sono venduti anche in ampia misura in punti vendita non facenti parte del sistema di distribuzione selettiva del produttore A. I canali di distribuzione sono vari: i marchi B e C ad esempio sono venduti nella maggior parte dei negozi selezionati da A, ma sono in vendita anche in altri negozi in grado di offrire un servizio di alta qualità e negli ipermercati. Il marchio D è venduto essenzialmente in negozi che garantiscono un servizio di alto livello. La tecnologia è in rapida evoluzione in tale mercato ed i fornitori principali mantengono, con campagne pubblicitarie, un'immagine di forte qualità dei loro prodotti.

In tale mercato il tasso di copertura degli accordi di distribuzione selettiva è del 35 %. La concorrenza tra i marchi non è direttamente pregiudicata dal sistema di distribuzione selettiva di A. La concorrenza all'interno del marchio A potrebbe risulterne limitata, ma i consumatori hanno accesso a dettaglianti a basso servizio/basso prezzo per i marchi B e C, che hanno un'immagine di qualità comparabile al marchio A. Inoltre l'accesso degli altri marchi a dettaglianti che forniscano un servizio elevato non è precluso, in quanto non vi sono restrizioni alla libertà dei distributori selezionati di vendere marchi concorrenti e le restrizioni quantitative cui è soggetto il numero di distributori per il marchio A lasciano agli altri dettaglianti che offrono un grado elevato di servizio la libertà di distribuire marchi

concorrenti. In tal caso, alla luce delle condizioni stabilite in materia di servizi da offrire e dei vantaggi in termini di efficienza che probabilmente ne derivano, nonché del ridotto effetto sulla concorrenza all'interno del marchio, è probabile che sussistano le condizioni previste all'articolo 101, paragrafo 3.

(148) Esempio di distribuzione selettiva in presenza di effetti cumulativi

Nel mercato di uno specifico articolo sportivo esistono sette produttori, che detengono le seguenti quote di mercato: 25 %, 20 %, 15 %, 15 %, 10 %, 8 % e 7 %. I cinque maggiori produttori distribuiscono i loro prodotti tramite accordi di distribuzione selettiva quantitativa, mentre i due produttori di dimensioni più piccole utilizzano sistemi diversi di distribuzione, con il risultato che il tasso di copertura della distribuzione selettiva è pari all'85 %. I criteri imposti per l'ammissione ai sistemi di distribuzione selettiva sono uniformi tra i produttori: i distributori devono avere uno o più punti vendita non virtuali, tali punti vendita devono disporre di personale qualificato ed offrire servizi pre-vendita, nel negozio deve esistere uno spazio specializzato dedicato alle vendite del prodotto, di superficie minima specificata, il negozio deve vendere un'ampia gamma del marchio in oggetto e presentare il prodotto in maniera attraente, il punto vendita deve essere ubicato in una strada commerciale e il prodotto deve rappresentare almeno il 30 % del fatturato totale del punto vendita. Di norma lo stesso rivenditore è autorizzato per tutti e cinque i marchi. I due marchi che non utilizzano il sistema di distribuzione selettiva vendono in genere tramite dettaglianti meno specializzati, che offrono un livello di servizio inferiore. Il mercato è stabile, sia al livello dell'offerta che della domanda, ed esiste una forte differenziazione del prodotto accompagnata da un'immagine del marchio importante. I cinque leader di mercato hanno forti immagini di marchio, acquisite tramite campagne pubblicitarie e promozionali, mentre i due produttori di dimensioni più piccole hanno adottato una strategia commerciale di prodotti a buon mercato, senza una forte immagine del marchio.

In tale mercato l'accesso ai cinque marchi principali è negato ai distributori di tipo "discount" e ai distributori che operano esclusivamente online. Infatti la condizione secondo cui il prodotto deve rappresentare almeno il 30 % dell'attività dei distributori e i criteri relativi alla presentazione del prodotto e ai servizi pre-vendita escludono dalla rete dei distributori autorizzati la maggior parte dei distributori di tipo "discount". Inoltre la condizione di avere uno o più punti vendita non virtuali esclude dalla rete i distributori che operano esclusivamente online. Di conseguenza i consumatori non hanno altra scelta che comprare i cinque marchi principali nei punti vendita che offrono un servizio elevato a prezzo elevato. Tale situazione ha per effetto una limitazione della concorrenza tra marchi a livello dei cinque marchi principali. Il fatto che i due marchi meno diffusi possano essere acquistati in punti vendita a basso servizio e basso prezzo non compensa la riduzione di concorrenza, in quanto l'immagine del marchio del prodotto dei cinque leader di mercato è molto superiore. La concorrenza tra marchi è ridotta anche dalla presenza di distributori multipli. Benché esista un certo grado di concorrenza all'interno di un marchio e il numero di distributori non sia direttamente limitato, i criteri di ammissione alla rete di distribuzione sono sufficientemente rigidi da consentire la distribuzione dei cinque marchi principali, nel rispettivo territorio, solo ad un numero ristretto di distributori.

I vantaggi in termini di efficienza associati a tali sistemi di distribuzione selettiva quantitativa sono limitati: il prodotto non è molto complesso e non giustifica un servizio particolarmente elevato. In tale situazione, se i produttori non riescono a

provare che esistono vantaggi di efficienza collegati al loro sistema di distribuzione selettiva, è probabile che il beneficio dell'esenzione per categoria dovrà essere revocato a causa della presenza di effetti restrittivi cumulativi, che limitano la scelta e aumentano i prezzi per il consumatore.

4.6.3. *Accordi di franchising*

- (149) Gli accordi di franchising comportano la licenza di un insieme di diritti di proprietà intellettuale che riguardano in particolare marchi o insegne e know-how, per l'uso e la distribuzione di beni o servizi. Oltre alla licenza di DPI, l'affiliante fornisce inoltre all'affiliato, durante il periodo di vigenza dell'accordo, un'assistenza tecnica o commerciale. La licenza e l'assistenza formano parte integrante della formula commerciale oggetto del franchising. L'affiliante riceve generalmente dall'affiliato il pagamento di un corrispettivo per l'utilizzazione della specifica formula commerciale. Gli accordi di franchising possono offrire all'affiliante la possibilità di costituire, con investimenti limitati, una rete uniforme per la distribuzione dei suoi prodotti. Oltre alla concessione della formula commerciale, gli accordi di franchising comportano abitualmente una combinazione di diverse restrizioni verticali riguardanti i prodotti distribuiti, in particolare la distribuzione selettiva, gli obblighi di non concorrenza, la distribuzione esclusiva o le sue forme più deboli.
- (150) Il franchising (ad eccezione degli accordi di franchising industriale) presenta alcune caratteristiche specifiche, come l'uso di una denominazione commerciale uniforme, l'applicazione di formule commerciali uniformi (comprese le licenze di DPI) e il pagamento di royalties in cambio dei benefici concessi. In considerazione di queste specificità, si può ritenere che le disposizioni indispensabili per il funzionamento di tali sistemi di distribuzione non rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. Ciò riguarda ad esempio le restrizioni che impediscono ai concorrenti di giovare del patrimonio di cognizioni e di tecniche e dell'assistenza forniti dall'affiliante⁶⁴ e l'obbligo di non concorrenza relativo ai beni o ai servizi acquistati dall'affiliato necessario per preservare l'identità comune e la reputazione della rete di franchising. In quest'ultima situazione, la durata dell'obbligo di non concorrenza è irrilevante, a condizione che essa non superi la durata dell'accordo stesso di franchising.
- (151) Gli accordi di franchising rientrano nel VBER, se la quota di mercato del fornitore e quella dell'acquirente non superano il 30 %⁶⁵. Le licenze di DPI nell'ambito degli accordi di franchising sono esaminate ai punti da 67 a 82 dei presenti orientamenti. Le restrizioni verticali contenute negli accordi di franchising saranno valutate in base alle norme applicabili al sistema di distribuzione che più si avvicina alla natura dello specifico accordo di franchising. Ad esempio un accordo di franchising che dà luogo alla creazione di una rete chiusa, in quanto ai membri è vietato vendere ai non membri, è valutato secondo le norme applicabili alla distribuzione selettiva. Per contro un accordo di franchising che concede l'esclusività territoriale e la protezione nei confronti delle vendite attive di altri affiliati è valutato secondo le norme applicabili alla distribuzione esclusiva.

⁶⁴ Cfr. la sentenza nella causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, EU:C:1986:41, punto 16.

⁶⁵ Cfr. anche i punti da 86 a 95, in particolare il punto 92.

- (152) Gli accordi di franchising che contengono restrizioni fondamentali, inclusa l'imposizione di prezzi di rivendita ⁶⁶, non rientrano nel VBER. Gli accordi che non sono ammessi dal VBER richiedono una valutazione individuale ai sensi dell'articolo 101. Tale valutazione dovrebbe tenere conto che quanto maggiore è il trasferimento di know-how, tanto più facilmente le restrizioni verticali producono vantaggi in termini di efficienza e/o sono indispensabili per proteggere il know-how e quindi soddisfano le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3.
- (153) Esempio di franchising

Un produttore ha sviluppato una nuova presentazione per la vendita di caramelle in punti vendita particolari, nei quali le caramelle possono essere colorate a seconda della richiesta del consumatore. Il produttore dei dolci ha inoltre sviluppato i macchinari necessari per la colorazione delle caramelle e produce i liquidi utilizzati per colorare le caramelle. La qualità e la freschezza del liquido utilizzato sono di importanza vitale per la produzione di caramelle di qualità. Il produttore è riuscito ad affermare le proprie vendite di caramelle grazie ad una serie di punti vendita propri, che operano tutti utilizzando la stessa denominazione commerciale e un'immagine uniforme (stile dei negozi e campagne pubblicitarie comuni). Il produttore dei dolci ha avviato un sistema di franchising al fine di espandere le vendite. Per garantire una qualità del prodotto e un'immagine del negozio uniformi, gli affiliati sono obbligati ad acquistare le caramelle, il liquido e gli impianti di colorazione dal produttore, a lavorare utilizzando la stessa denominazione commerciale, a pagare un corrispettivo per la licenza, a contribuire alle campagne pubblicitarie comuni e a garantire la riservatezza delle informazioni contenute nel manuale operativo preparato dall'affiliante. Inoltre gli affiliati sono autorizzati a vendere solo nei negozi autorizzati agli utenti finali o ad altri affiliati e non possono vendere altre caramelle nei loro negozi. L'affiliante ha l'obbligo di non designare altri affiliati e di non aprire un proprio punto vendita in un determinato territorio contrattuale. L'affiliante ha inoltre l'obbligo di aggiornare e sviluppare ulteriormente i suoi prodotti, la presentazione commerciale e il manuale operativo e di mettere tali miglioramenti a disposizione di tutti gli affiliati. Gli accordi di franchising sono conclusi per una durata di dieci anni.

I rivenditori di caramelle comprano tali prodotti in un mercato nazionale o da produttori nazionali che li forniscono in conformità ai gusti nazionali, oppure da grossisti che, oltre a vendere caramelle di altri produttori nazionali, importano caramelle da produttori esteri. Su tale mercato i prodotti dell'affiliante sono in concorrenza con una serie di marchi nazionali ed internazionali, a volte prodotte da grandi società alimentari diversificate. Nel mercato dei macchinari per la colorazione degli alimenti la quota di mercato dell'affiliante è inferiore al 10 %. L'affiliante detiene una quota del 30 % del mercato delle caramelle vendute ai rivenditori. Esistono molti punti vendita di caramelle, quali i tabaccai, i rivenditori di generi alimentari, i bar e i negozi specializzati di dolci.

La maggior parte degli obblighi contenuti negli accordi di franchising può essere considerata necessaria per proteggere i DPI o per preservare la reputazione e l'identità comune della rete di franchising e pertanto essi non rientrano nell'articolo 101, paragrafo 1. Le restrizioni alla vendita (ossia la determinazione di un territorio contrattuale e di una distribuzione selettiva) costituiscono un incentivo per gli affiliati

⁶⁶ Cfr. la sentenza nella causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, EU:C:1986:41, punto 23.

ad investire nella formula oggetto del franchising e nei macchinari di colorazione e a contribuire a preservare l'identità comune, compensando di conseguenza la riduzione di concorrenza all'interno del marchio. La clausola di non concorrenza, che esclude i marchi di caramelle diversi dai punti vendita per tutta la durata degli accordi, consente all'affiliante di mantenere l'uniformità dei punti vendita e impedisce ai concorrenti di trarre benefici dal marchio commerciale. Dato che esiste un grande numero di punti vendita accessibili ad altri produttori di caramelle, tale clausola non ha come effetto una grave preclusione. Di conseguenza è probabile che gli accordi di franchising soddisfino le condizioni per essere esentati ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, nella misura in cui rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1.

5. DEFINIZIONE DEL MERCATO E CALCOLO DELLA QUOTA DI MERCATO

5.1. Comunicazione sulla definizione del mercato

- (154) La comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza⁶⁷ (in appresso "comunicazione sulla definizione del mercato") fornisce indicazioni sulle norme, i criteri e gli elementi utilizzati dalla Commissione per definire il mercato. Il mercato rilevante ai fini dell'applicazione dell'articolo 101 agli accordi verticali dovrebbe pertanto essere definito sulla base di tali orientamenti e di qualsiasi orientamento futuro relativo alla definizione di mercato rilevante ai fini del diritto dell'UE in materia di concorrenza. I presenti orientamenti trattano solo aspetti specifici relativi all'applicazione del VBER, che non sono contemplati nella comunicazione sulla definizione del mercato.

5.2. Calcolo delle quote di mercato ai sensi del VBER

- (155) Ai sensi dell'articolo 3 VBER, sia la quota di mercato del fornitore che quella dell'acquirente sono determinanti per stabilire se si applica l'esenzione per categoria. Affinché si applichi il VBER, sia la quota del fornitore sul mercato su cui vende i beni o i servizi oggetto del contratto all'acquirente che quella dell'acquirente sul mercato su cui acquista i beni o i servizi oggetto del contratto non devono superare il 30 %. Per gli accordi tra PMI non è in genere necessario calcolare le quote di mercato (cfr. il punto 26 dei presenti orientamenti).
- (156) Al livello della distribuzione, è più frequente che le restrizioni verticali non riguardino solo la vendita di prodotti dal fornitore all'acquirente, ma anche la loro rivendita. Poiché generalmente vi sono diverse forme di distribuzione concorrenti, i mercati non sono solitamente definiti dalla forma di distribuzione praticata, ossia esclusiva, selettiva o libera. Nel caso in cui i fornitori vendano una gamma di prodotti, tale gamma può determinare la definizione di mercato del prodotto, qualora sia la gamma nel suo insieme e non i singoli prodotti contenuti al suo interno ad essere considerata come sostituibile dagli acquirenti.
- (157) Nel caso in cui un accordo verticale sia concluso tra tre parti che operano ciascuna a un diverso livello della catena commerciale, la quota di mercato di ciascuna delle parti non deve superare il 30 % perché si applichi il VBER. Come specificato all'articolo 3, paragrafo 2, VBER, qualora in un accordo multilaterale un'impresa acquisti i beni o servizi oggetto del contratto da un'impresa parte contraente

⁶⁷

GU C 372 del 9.12.1997, pag. 5.

dell'accordo e venda i beni o servizi oggetto del contratto a un'altra impresa anch'essa parte contraente dell'accordo, il VBER si applica soltanto se la quota di mercato della prima impresa non supera la soglia del 30 % sia come acquirente sia come fornitore. Se ad esempio un accordo fra un produttore, un grossista (o un'associazione di dettaglianti) e un dettagliante prevede un obbligo di non concorrenza, per beneficiare del VBER sia la quota di mercato del produttore che quella del grossista (o di un'associazione di dettaglianti) sui rispettivi mercati delle vendite non devono superare il 30 % e sia la quota di mercato del grossista (o di un'associazione di dettaglianti) che quella del dettagliante sui rispettivi mercati degli acquisti non devono superare il 30 %.

- (158) Quando l'accordo verticale, oltre alla fornitura di beni o servizi oggetto del contratto, contiene anche disposizioni relative ai DPI (come una disposizione relativa all'uso del marchio di fabbrica del fornitore) che facilitano all'acquirente la commercializzazione di beni o servizi oggetto del contratto, la quota di mercato detenuta dal fornitore sul mercato dove questi vende i beni o i servizi oggetto del contratto è rilevante ai fini dell'applicazione del VBER. Quando l'affiliante non fornisce beni o servizi destinati alla loro rivendita, ma un insieme di beni o servizi combinati con DPI i quali nel complesso costituiscono la formula commerciale oggetto del franchising, l'affiliante deve tenere conto della sua quota di mercato in quanto fornitore di una formula commerciale per la fornitura di beni o servizi specifici agli utenti finali. A tal fine l'affiliante deve calcolare la sua quota sul mercato in cui la formula commerciale viene sfruttata dagli affiliati per offrire beni o servizi agli utenti finali. L'affiliante deve quindi basare la sua quota di mercato sul valore dei beni o servizi offerti dai suoi affiliati su tale mercato. Su tale mercato i concorrenti dell'affiliante possono offrire altre formule commerciali in franchising, ma anche fornire beni o servizi fungibili non in franchising. Ad esempio, senza pregiudizio per la definizione di un tale mercato, se vi fosse un mercato dei servizi di ristorazione rapida, un affiliante operante su questo mercato dovrebbe calcolare la sua quota sulla base dei dati relativi alle vendite effettuate dai suoi affiliati su detto mercato.

5.3. Calcolo delle quote di mercato ai sensi del VBER

- (159) Come enunciato all'articolo 7, lettera a), VBER, la quota di mercato del fornitore e dell'acquirente dovrebbe essere calcolata in linea di principio sulla base dei dati relativi al valore. Qualora non siano disponibili dati relativi al valore, possono essere effettuate delle stime basate su elementi verificabili e su altre informazioni di mercato attendibili, ivi compresi i volumi delle vendite.
- (160) La fornitura interna di beni o servizi intermedi per uso proprio del fornitore può essere rilevante ai fini dell'analisi della concorrenza in un caso particolare, ma non sarà presa in considerazione ai fini della definizione del mercato o del calcolo delle quote di mercato ai sensi del VBER. Per contro ai sensi dell'articolo 7, lettera c), del VBER, in caso di duplice distribuzione (ossia nel caso in cui il fornitore di un bene finale operi anche come distributore di tali beni sul mercato), la definizione di mercato e il calcolo delle quote di mercato dovrebbero includere la vendita dei propri prodotti da parte del fornitore attraverso i suoi distributori e agenti integrati a livello

verticale. I distributori integrati sono imprese collegate ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, VBER⁶⁸.

6. APPLICAZIONE DEL VBER

6.1. Restrizioni fondamentali previste dal VBER

- (161) L'articolo 4 VBER contiene un elenco di restrizioni fondamentali che sono considerate gravi restrizioni della concorrenza che dovrebbero essere vietate nella maggior parte dei casi a causa del danno che provocano ai consumatori. Gli accordi verticali che contengono una o più restrizioni fondamentali sono esclusi nella loro totalità dall'ambito di applicazione del VBER.
- (162) Le restrizioni fondamentali di cui all'articolo 4 VBER si applicano agli accordi verticali relativi agli scambi *all'interno* dell'Unione. Pertanto, nella misura in cui gli accordi verticali riguardano le esportazioni all'esterno dell'Unione o le importazioni/reimportazioni dall'esterno, secondo la giurisprudenza della CGUE tale accordo non può essere considerato come un accordo che abbia per scopo di limitare in maniera considerevole la concorrenza all'interno dell'Unione o sia per sua stessa natura idoneo a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri⁶⁹.
- (163) Le restrizioni gravi di cui all'articolo 4 VBER sono in generale restrizioni della concorrenza per oggetto ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1⁷⁰. Le restrizioni della concorrenza per oggetto ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, sono accordi che per loro stessa natura possono restringere la concorrenza⁷¹. A tal riguardo dalla giurisprudenza della Corte emerge che taluni tipi di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario⁷². La constatazione di una restrizione per oggetto richiede una valutazione individuale dell'accordo verticale in questione. Per contro le restrizioni fondamentali corrispondono a una categoria di restrizioni ai sensi del VBER che si presume arrechino in genere danno alla concorrenza, cosicché un accordo verticale contenente una tale restrizione fondamentale non può beneficiare dell'esenzione per categoria ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, VBER.
- (164) Tuttavia le restrizioni fondamentali non rientrano necessariamente nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. Se una restrizione fondamentale ai sensi del VBER è obiettivamente necessaria a un accordo verticale di tipo o natura particolari, ad esempio per allinearsi a un divieto pubblico di vendita di sostanze pericolose a determinati clienti per motivi sanitari o di sicurezza, tale accordo non rientra in via eccezionale nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. In considerazione di quanto precede, in particolare che le restrizioni fondamentali sono generalmente restrizioni della concorrenza per oggetto, la Commissione applicherà i seguenti principi nella valutazione di un accordo verticale:

⁶⁸ Ai fini della definizione del mercato e del calcolo della quota di mercato non è rilevante il fatto che il distributore integrato venda o meno anche beni o servizi di concorrenti.

⁶⁹ Cfr. la sentenza nella causa C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent*, EU:C:1998:173, punto 20.

⁷⁰ Cfr. Commissione, *Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice* (SWD(2014) 198 final), pag. 4.

⁷¹ Cfr. la sentenza nella causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, EU:C:2009:343, punto 31.

⁷² Cfr. la sentenza nella causa C-67/13, *Groupement des Cartes Bancaires*, EU:C:2014:2204, punto 49.

- (a) se un accordo verticale contiene una restrizione fondamentale ai sensi dell'articolo 4 VBER, è probabile che tale accordo rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1;
 - (b) un accordo che include una restrizione fondamentale ai sensi dell'articolo 4 VBER è improbabile che soddisfi le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3⁷³.
- (165) Un'impresa ha la possibilità di dimostrare l'esistenza di effetti favorevoli alla concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, in un caso individuale⁷⁴. A tal fine l'impresa deve provare che vi è la possibilità di conseguire vantaggi in termini di efficienza e che è probabile che tali vantaggi derivino dall'inclusione nell'accordo della restrizione fondamentale, al momento di dimostrare che tutte le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3, sono soddisfatte. In tal caso la Commissione valuterà l'impatto negativo sulla concorrenza che potrebbe derivare dall'inclusione nell'accordo della restrizione fondamentale prima di decidere in via definitiva se le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3, sono soddisfatte⁷⁵.
- (166) Gli esempi contenuti nei tre paragrafi seguenti dei presenti orientamenti intendono illustrare in quali circostanze eccezionali una restrizione fondamentale può non rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1.
- (167) Esempio di ingresso vero e proprio

Un distributore che è il primo a vendere un nuovo marchio o un marchio esistente su un nuovo mercato, garantendo quindi un vero e proprio ingresso, può dover effettuare investimenti considerevoli se non vi era precedentemente alcuna richiesta di quel particolare tipo di prodotto in generale o del tipo di prodotto fabbricato da quel specifico produttore. In tali circostanze, se si considera che tali costi possono essere spesso irrecuperabili (o sommersi), è possibile che il distributore non sia disposto a stipulare l'accordo di distribuzione in mancanza di una protezione per un certo periodo di tempo nei confronti delle vendite attive e passive nel suo territorio o al suo gruppo di clienti da parte di altri distributori.

Ciò avviene ad esempio quando un produttore stabilito in un particolare mercato nazionale entra in un altro mercato nazionale e introduce i propri prodotti grazie a un distributore esclusivo che deve effettuare degli investimenti per lanciare e consolidare il marchio sul nuovo mercato. Qualora siano necessari da parte del distributore investimenti considerevoli per avviare e/o sviluppare il nuovo mercato, le restrizioni delle vendite passive da parte di altri distributori in tale territorio o a tale gruppo di clienti, necessarie affinché il distributore recuperi il costo degli investimenti, non rientrano in genere nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, nei primi

⁷³ Cfr. la sentenza nella causa C-439/09, *Pierre Fabre*, EU:C:2011:649, punto 57.

⁷⁴ Cfr. in particolare il punto 14, lettere da a) a i), dei presenti orientamenti che descrivono in linea generale eventuali efficienze relative alle restrizioni verticali e la sezione 6.1.1 dei presenti orientamenti sulle restrizioni relative ai prezzi di rivendita. Per indicazioni generali in merito cfr. la comunicazione della Commissione "Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato" (GU C 101 del 27.4.2004, pag. 97).

⁷⁵ Tale valutazione non pregiudica il fatto che una specifica restrizione possa comunque essere nulla di diritto, se equivale a una violazione dei divieti relativi alle vendite passive di cui al regolamento sui blocchi geografici, cfr. l'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE.

due anni in cui tale distributore vende i beni o servizi oggetto del contratto in tale territorio o a tale gruppo di clienti, anche se tali restrizioni sarebbero considerate normalmente restrizioni fondamentali che si presume rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1.

(168) Esempio di forniture incrociate tra distributori autorizzati

Nel caso di un sistema di distribuzione selettiva, le forniture incrociate tra distributori autorizzati devono di norma rimanere libere (cfr. il punto 187 dei presenti orientamenti). Tuttavia, qualora grossisti autorizzati situati in territori diversi debbano investire in attività promozionali nel territorio in cui distribuiscono i beni o i servizi in questione per sostenere le vendite effettuate dai distributori autorizzati e non sia pratico stabilire per contratto le condizioni per una promozione efficace, le restrizioni alle vendite attive da parte di tali grossisti ai distributori autorizzati nei territori di altri grossisti per evitare eventuali episodi di parassitismo possono soddisfare, in casi individuali, le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3.

(169) Esempio di test vero e proprio

In caso di test vero e proprio di un nuovo prodotto in un territorio limitato o con un gruppo limitato di clienti o in caso di introduzione scaglionata di un nuovo prodotto, è possibile che venga limitata la vendita attiva da parte dei distributori designati per vendere il nuovo prodotto sul mercato di prova o per partecipare alla prima o alle prime fasi dell'introduzione scaglionata al di fuori del mercato di prova o del o dei mercati nei quali il prodotto è introdotto per la prima volta, senza che questo rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, per il periodo necessario per il test o per l'introduzione del prodotto.

6.1.1. *Imposizione di prezzi di rivendita*

- (170) La restrizione fondamentale di cui all'articolo 4, lettera a), VBER, riguarda l'imposizione di prezzi di rivendita, ossia gli accordi o pratiche concordate volti a stabilire, direttamente o indirettamente, un prezzo di rivendita fisso o minimo o un livello di prezzo fisso o minimo che deve essere rispettato dall'acquirente⁷⁶. Un accordo verticale o una pratica concordata che si riferisce a una certa fascia entro la quale l'acquirente deve fissare il prezzo non è quindi conforme all'articolo 4, lettera a), VBER.
- (171) L'imposizione di prezzi di rivendita può essere attuata in modo diretto. È questo il caso delle disposizioni contrattuali o delle pratiche concordate che stabiliscono direttamente il prezzo di rivendita e quindi si traducono in restrizioni palesi⁷⁷. Tali restrizioni includono disposizioni contrattuali che consentono al fornitore di fissare il prezzo che l'acquirente deve addebitare al suo cliente o che proibiscono all'acquirente di vendere al di sotto di un determinato livello di prezzo. La restrizione è inoltre

⁷⁶ Per quanto riguarda la distinzione tra accordi verticali e pratiche concordate cfr. i punti da 48 a 51 dei presenti orientamenti. Tuttavia tale distinzione non ha finora svolto un ruolo importante nelle pratiche di applicazione, poiché non è necessario distinguere tra i due concetti per constatare una violazione dell'articolo 101. Inoltre va osservato che l'imposizione di prezzi di rivendita può essere collegata ad altre restrizioni, compresa la collusione orizzontale sotto forma di accordi hub and spoke, che sono trattati al punto 55 delle linee direttrici orizzontali.

⁷⁷ Cfr. ad esempio le decisioni della Commissione in AT.40428 *Guess*, punti 84, 86 e 137.

palese quando un fornitore richiede un aumento di prezzo e l'acquirente soddisfa tale richiesta.

- (172) L'imposizione di prezzi di rivendita può anche essere attuata in modo indiretto, compresi gli incentivi a osservare un prezzo minimo o i disincentivi a discostarsi da tale prezzo. I seguenti esempi forniscono un elenco non esaustivo di questi strumenti indiretti:
- fissazione del margine del distributore;
 - fissazione del livello massimo degli sconti che il distributore può praticare a partire da un livello di prezzo prescritto;
 - la subordinazione di sconti o del rimborso dei costi promozionali da parte del fornitore al rispetto di un dato livello di prezzo;
 - il collegamento del prezzo di rivendita imposto ai prezzi di rivendita dei concorrenti e
 - minacce, intimidazioni, avvertimenti, penalità, rinvii o sospensioni di consegne o risoluzioni di contratti in relazione all'osservanza di un dato livello di prezzo.
- (173) Tuttavia come enunciato all'articolo 4, lettera a), VBER, l'imposizione di un prezzo massimo di rivendita o la possibilità che il fornitore raccomandi un prezzo di rivendita non equivalgono di per sé all'imposizione di prezzi di rivendita. Tuttavia se il fornitore combina tale prezzo massimo o prezzo raccomandato di rivendita con incentivi per applicare un determinato livello di prezzo o disincentivi per abbassare il prezzo di vendita, una siffatta situazione può costituire un'imposizione di prezzi di rivendita. Un esempio di incentivo ad applicare un determinato livello di prezzo potrebbe essere il rimborso dei costi promozionali in caso di rispetto del prezzo massimo di rivendita o del prezzo di rivendita raccomandato. Un esempio di disincentivo ad abbassare il prezzo di vendita sarebbe un intervento del fornitore nel caso in cui l'acquirente si discosti dal prezzo massimo di rivendita o dal prezzo di rivendita raccomandato, ad esempio minacciando di sospendere ulteriori forniture.
- (174) Analogamente le politiche relative ai prezzi minimi pubblicizzati, che vietano ai dettaglianti di pubblicizzare i prezzi al di sotto di un determinato importo fissato dal fornitore, possono anch'esse equivalere all'imposizione di prezzi di rivendita, ad esempio nei casi in cui il fornitore sanziona i dettaglianti per aver venduto al di sotto dei rispettivi prezzi minimi pubblicizzati, imponga ai dettaglianti di non offrire sconti o impedisca a questi ultimi di comunicare che il prezzo finale potrebbe essere diverso dal rispettivo prezzo minimo pubblicizzato.
- (175) Gli strumenti diretti o indiretti per fissare i prezzi possono essere resi più efficaci se combinati con altre misure volte a individuare i distributori che praticano riduzioni, come l'attuazione di un sistema di controllo dei prezzi, o l'obbligo, per i dettaglianti, di segnalare i membri della rete di distribuzione che si discostano dal livello di prezzo standard. Tali misure tuttavia non sono di per sé sufficienti per constatare l'imposizione di prezzi di rivendita, poiché possono essere utilizzate dai fornitori per aumentare l'efficienza della catena di fornitura o di distribuzione o per altri scopi non collegati agli strumenti diretti o indiretti finalizzati all'imposizione di prezzi di rivendita.

- (176) Il controllo dei prezzi è uno strumento sempre più diffuso nel commercio elettronico, dove sia i produttori che i rivenditori utilizzano spesso software specifici per il controllo dei prezzi⁷⁸. Tale controllo dei prezzi non costituisce di per sé un'imposizione di prezzi di rivendita, bensì aumenta la trasparenza dei prezzi sul mercato, il che permette ai produttori di monitorare efficacemente i prezzi di rivendita nella loro rete di distribuzione e di intervenire rapidamente in caso di riduzione dei prezzi. Il controllo dei prezzi consente inoltre ai dettaglianti di monitorare efficacemente i prezzi dei loro concorrenti e di segnalare riduzioni di prezzo al produttore, unitamente alla richiesta di intervento contro tali diminuzioni⁷⁹.
- (177) Nel caso di accordi di agenzia commerciale, il preponente stabilisce di norma i prezzi di vendita, poiché assume i rischi, sia finanziari che commerciali, connessi alla vendita. Tuttavia, qualora un accordo di questo tipo non possa essere considerato un accordo di agenzia commerciale ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1 (cfr. in particolare i punti da 40 a 43 dei presenti orientamenti), un obbligo che impedisca all'agente, o limiti la sua possibilità di ripartire la sua commissione, sia essa fissa o variabile, con il cliente costituisce una restrizione fondamentale ai sensi dell'articolo 4, lettera a), VBER. Onde evitare l'uso di tale restrizione fondamentale, l'agente dovrebbe essere lasciato libero di ridurre il prezzo effettivo pagato dal cliente senza per questo ridurre il reddito del preponente⁸⁰.
- (178) La fissazione del prezzo di rivendita in un accordo verticale tra un fornitore e un acquirente che dà esecuzione a un accordo precedente tra il fornitore e un utente finale specifico (in appresso "contratto di esecuzione") non costituisce un'imposizione di prezzi di rivendita, se l'utente finale ha rinunciato al suo diritto di scegliere l'impresa che dovrebbe dare esecuzione all'accordo. In tal caso la fissazione del prezzo di rivendita non comporta una restrizione dell'articolo 101, paragrafo 1, poiché il prezzo di rivendita non è più soggetto alla concorrenza in relazione all'utente finale in questione. Tuttavia ciò vale solamente nel caso in cui il contratto di esecuzione non costituisca un accordo di agenzia commerciale che esula dall'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, come descritto in particolare nei punti da 40 a 43 dei presenti orientamenti, ad esempio perché l'acquirente acquisisce la proprietà dei beni oggetto del contratto destinati alla rivendita o perché assume rischi non trascurabili in relazione all'esecuzione del contratto. Per contro, se l'utente finale non ha rinunciato al suo diritto di scegliere l'impresa che dovrebbe dare esecuzione al contratto, il fornitore non può fissare il prezzo di rivendita senza violare l'articolo 4, lettera a), VBER. Tuttavia può fissare un prezzo massimo di rivendita al fine di consentire la concorrenza sui prezzi per l'esecuzione dell'accordo.
- (179) L'articolo 4, lettera a), VBER è pienamente applicabile all'economia delle piattaforme online. Se un'impresa, in particolare, fornisce servizi di intermediazione online a norma dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera d), VBER, è un fornitore e deve pertanto conformarsi all'articolo 4, lettera a), VBER, onde evitare una restrizione fondamentale per quanto riguarda i beni o i servizi oggetto di intermediazione. Questo non impedisce a un prestatore di servizi di intermediazione online di

⁷⁸ Cfr. il documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna il documento *Final Report on the E-commerce Sector Inquiry*, (SWD(2017) 154 final), 10.5.2017, punti 602-603.

⁷⁹ Cfr. le decisioni della Commissione in AT.40428 *Guess*, punti 136 e 155; AT.40182 *Denon & Marantz*, punto 95; AT.40181 *Philips*, punto 64; AT.40182 *Pioneer*, punto 136; AT.40465 *Asus*, punto 27.

⁸⁰ Cfr. ad esempio la decisione della Commissione sul caso IV/32.737 *Eirpage*, in particolare il punto 6.

incentivare gli utenti di tali servizi a vendere i propri beni o servizi a un livello concorrenziale o a ridurre i prezzi, ma l'articolo 4, lettera a), VBER, vieta al prestatore di servizi di intermediazione online di imporre un prezzo di vendita minimo o fisso per l'operazione che agevola.

- (180) La CGUE ha statuito in diverse occasioni che un accordo che stabilisce prezzi al dettaglio minimi o fissi, impedendo all'acquirente di stabilire autonomamente i propri prezzi di rivendita, configura una restrizione della concorrenza per oggetto ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1⁸¹. Come indicato tuttavia ai punti da 163 a 165 dei presenti orientamenti, la qualifica di restrizione fondamentale e restrizione per oggetto non implica che accordi che equivalgono a imposizioni di prezzi di rivendita siano *di per sé* violazioni dell'articolo 101. Qualora ritengano che l'imposizione di prezzi di rivendita produca incrementi di efficienza in un caso individuale, le imprese possono presentare motivazioni relative all'efficienza a norma dell'articolo 101, paragrafo 3.
- (181) L'imposizione di prezzi di rivendita di norma è considerata una grave restrizione della concorrenza, poiché può limitare la concorrenza all'interno del marchio e/o tra marchi in diversi modi:
- (a) l'effetto diretto dell'imposizione di prezzi di rivendita è l'eliminazione della concorrenza sui prezzi all'interno del marchio impedendo a tutti i distributori o ad alcuni di essi di abbassare il proprio prezzo di vendita per il marchio in questione, con la conseguenza di un aumento del prezzo per tale marchio;
 - (b) l'imposizione di prezzi di rivendita può agevolare la collusione tra fornitori, in particolare nei mercati tendenti a risultati collusivi, ad esempio se i fornitori formano un rigido oligopolio e una parte significativa del mercato è coperta da accordi relativi all'imposizione di prezzi di rivendita. Può trattarsi anche del caso in cui i fornitori distribuiscono i propri beni o servizi attraverso gli stessi distributori, utilizzandoli come veicolo per creare un equilibrio collusivo. L'imposizione di prezzi di rivendita generalmente rende più facile capire se un fornitore si discosta dall'equilibrio collusivo riducendo il suo prezzo. Ciò significa che se un fornitore ha deciso di non applicare una politica di imposizione di prezzi di rivendita nell'intento di aumentare le sue vendite al dettaglio, l'imposizione di prezzi di rivendita consentirebbe agli altri fornitori di individuare più facilmente la riduzione del prezzo al dettaglio che ne risulta e di reagire di conseguenza;
 - (c) l'imposizione di prezzi di rivendita può agevolare la collusione tra acquirenti al livello della distribuzione. La conseguente perdita di concorrenza sui prezzi sembra particolarmente problematica quando l'imposizione dei prezzi di rivendita è suggerita dagli acquirenti. Gli acquirenti forti o bene organizzati possono essere in grado di costringere o di convincere uno o più fornitori a fissare il loro prezzo di rivendita al di sopra del livello competitivo, aiutando così gli acquirenti a raggiungere o stabilizzare un equilibrio collusivo. L'imposizione di prezzi di rivendita funge da strumento per impegnare i rivenditori a non discostarsi dall'equilibrio collusivo praticando prezzi scontati;

⁸¹ Sentenze nelle cause C-243/83, *Binon/AMP*, EU:C:1985:284, punto 44; C-311/85, *VVR/Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, EU:C:1987:418, punto 17; C-27/87, *SPRL Louis Erauw-Jacquery/La Hesbignonne SC*, EU:C:1988:183, punto 15.

- (d) l'imposizione di prezzi di rivendita può ridurre la pressione sul margine del fornitore, in particolare quando il produttore ha un problema di impegni, ossia quando ha interesse a diminuire il prezzo applicato a distributori successivi. In una tale situazione, il produttore può privilegiare l'imposizione di prezzi di rivendita, in modo da avere un sostegno nel proprio impegno a non abbassare il prezzo per i distributori successivi e ridurre la pressione sul proprio margine;
 - (e) evitando la concorrenza sui prezzi tra distributori, l'imposizione di prezzi di rivendita può impedire od ostacolare l'introduzione e l'espansione di forme di distribuzione nuove o più efficienti, riducendo così l'innovazione al livello della distribuzione;
 - (f) l'imposizione di prezzi di rivendita può essere attuata da un fornitore che detiene un potere di mercato tale da precludere il mercato a concorrenti di dimensioni inferiori. Il margine maggiore che l'imposizione di prezzi di rivendita può offrire ai distributori può spingerli a favorire il marchio di un fornitore rispetto a marchi concorrenti al momento di consigliare i clienti, anche se un simile consiglio non è nel loro interesse, o a non vendere affatto tali marchi concorrenti.
- (182) L'imposizione di prezzi di rivendita tuttavia può anche comportare vantaggi in termini di efficienza, in particolare se determinata dal fornitore. Se invocano l'articolo 101, paragrafo 3, affermando che l'imposizione di prezzi di rivendita può comportare vantaggi in termini di efficienza, le imprese sono tenute a presentare prove concrete a sostegno di tale affermazione e a dimostrare che le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, sono effettivamente soddisfatte nel caso individuale. Seguono tre esempi della possibilità di eccepire incrementi di efficienza.
- (a) Quando un produttore introduce un nuovo prodotto, l'imposizione di prezzi di rivendita può rivelarsi uno strumento efficiente per spingere i distributori a tenere maggiormente conto dell'interesse del produttore a promuovere il prodotto, in particolare se è completamente nuovo, e ad aumentare gli sforzi di vendita. Se i distributori nel rispettivo mercato subiscono una pressione concorrenziale, questo può indurli ad ampliare la domanda complessiva del prodotto e far sì che il lancio del prodotto avvenga con successo, anche a beneficio dei consumatori. A norma dell'articolo 101, paragrafo 3, non devono esistere strumenti meno restrittivi. Per soddisfare questo requisito, i fornitori possono dimostrare, ad esempio, che non è possibile in pratica imporre per contratto a tutti gli acquirenti requisiti effettivi in materia di promozione. In simili circostanze, l'imposizione di prezzi al dettaglio fissi o minimi per un periodo di tempo limitato al fine di agevolare l'introduzione di un nuovo prodotto nel complesso si può considerare favorevole alla concorrenza.
 - (b) Prezzi di rivendita fissi, e non semplicemente prezzi massimi, possono essere necessari per organizzare una campagna coordinata a breve termine di prezzi bassi (da due a sei settimane nella maggior parte dei casi) che vada anche a vantaggio dei consumatori. Possono essere necessari in particolare per organizzare una campagna di questo tipo in un sistema di distribuzione in cui il fornitore applica uno schema di distribuzione uniforme, come un sistema di franchising. Dato il suo carattere temporaneo, l'imposizione di prezzi al dettaglio fissi si può considerare nel complesso favorevole alla concorrenza.
 - (c) In alcune situazioni, il margine extra fornito dall'imposizione di prezzi di rivendita può consentire ai dettaglianti di fornire servizi (aggiuntivi) pre-

vendita, in particolare in caso di prodotti "d'esperienza" o di prodotti complessi. Se un numero sufficiente di clienti si avvale di tali servizi per compiere la propria scelta ma poi acquista il prodotto ad un prezzo inferiore presso dettaglianti che non forniscono servizi di questo tipo (e dunque non sostengono i relativi costi), i dettaglianti che forniscono servizi di alto livello possono ridurre o eliminare questi servizi che fanno aumentare la domanda del prodotto del fornitore. L'imposizione di prezzi di rivendita può contribuire a evitare un simile fenomeno di parassitismo al livello della distribuzione. Il fornitore dovrà dimostrare in maniera convincente che l'accordo relativo all'imposizione di prezzi di rivendita è necessario per superare il parassitismo tra dettaglianti in merito a questi servizi. In questo caso, la probabilità che l'imposizione di prezzi di rivendita sia considerata favorevole alla concorrenza è maggiore quando la concorrenza tra fornitori è agguerrita e il potere di mercato del fornitore è limitato.

- (183) La "zona di sicurezza" istituita dal VBER comprende la prassi di raccomandare un prezzo di rivendita a un rivenditore o di richiedere al rivenditore di rispettare un prezzo di rivendita massimo quando la quota di mercato di ciascuna delle parti dell'accordo non supera la soglia del 30 %, a condizione che ciò non determini un prezzo di vendita minimo o fisso in conseguenza di pressioni esercitate o di incentivi offerti da una qualsiasi delle parti, come esposto ai punti 172 e 173 dei presenti orientamenti. La parte restante della presente sezione fornisce orientamenti per la valutazione di prezzi massimi o raccomandati al di sopra della soglia di quota di mercato.
- (184) I prezzi massimi e raccomandati possono costituire un rischio per la concorrenza perché fungono da punto di convergenza per i rivenditori e potrebbero essere adottati dalla maggior parte o dalla totalità dei rivenditori. I prezzi massimi e raccomandati inoltre possono indebolire la concorrenza e facilitare la collusione tra fornitori.
- (185) Un fattore importante per la valutazione dei possibili effetti anticoncorrenziali dei prezzi di rivendita massimi o raccomandati è la posizione di mercato del fornitore. Quanto più è forte la posizione di mercato del fornitore, tanto è maggiore il rischio che un prezzo di rivendita massimo o raccomandato porti ad un'applicazione più o meno uniforme di tale livello di prezzo da parte dei rivenditori, perché possono servirsene come punto di convergenza. Può risultare difficile per i rivenditori discostarsi da quello che essi percepiscono come il prezzo di rivendita preferito da un fornitore molto importante sul mercato.
- (186) Qualora venga riscontrata l'esistenza di sensibili effetti anticoncorrenziali per i prezzi di rivendita massimi o raccomandati, si pone la questione di un'eventuale esenzione ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3. Per quanto riguarda i prezzi di rivendita massimi, può essere particolarmente rilevante evitare la doppia marginalizzazione. Un prezzo di rivendita massimo può inoltre contribuire a garantire che il marchio in questione competa in modo più deciso con altri marchi, compresi i prodotti con marchio proprio, distribuiti dallo stesso distributore.

6.1.2. *Restrizioni fondamentali a norma dell'articolo 4, lettere da b) a d), VBER*

6.1.2.1. Principi generali a norma dell'articolo 4, lettere da b) a d), VBER

- (187) L'articolo 4, lettere da b) a d), VBER prevede un elenco di restrizioni fondamentali ed eccezioni che si applicano a seconda del sistema di distribuzione adottato dal fornitore, ossia distribuzione esclusiva, selettiva o libera. Le restrizioni fondamentali

di cui all'articolo 4, lettera b), lettera c), punto i) e lettera d), VBER, riguardano accordi o pratiche concordate che, direttamente o indirettamente, isolatamente o congiuntamente con altri fattori sotto il controllo delle parti, hanno per oggetto la restrizione delle vendite di un acquirente o dei suoi clienti, nella misura in cui tali restrizioni si riferiscono al territorio in cui o ai gruppi di clienti ai quali l'acquirente o i suoi clienti possono vendere i beni o servizi oggetto del contratto. L'articolo 4, lettera c), punti ii) e iii), VBER, prevede che, in un sistema di distribuzione selettiva, costituiscono restrizioni fondamentali la restrizione delle forniture incrociate tra i membri del sistema di distribuzione selettiva che operano allo stesso o a diversi livelli commerciali, nonché la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri del sistema di distribuzione selettiva operanti a livello del commercio al dettaglio.

- (188) L'articolo 4, lettere da b) a d), VBER, si applica a prescindere dal canale di vendita utilizzato. Accordi verticali che, direttamente o indirettamente, isolatamente o congiuntamente con altri fattori, hanno per oggetto di impedire agli acquirenti o ai loro clienti di utilizzare efficacemente internet al fine di vendere i loro beni o servizi online, limitano i territori in cui, o i gruppi di clienti ai quali, gli acquirenti o i loro clienti possono vendere i beni o servizi oggetto del contratto, in quanto limitano le vendite a clienti ubicati al di fuori della zona di riferimento fisica degli acquirenti o dei loro clienti⁸². Il divieto delle vendite online, come pure le restrizioni di fatto che vietano o limitano le vendite online in misura tale da privare di fatto gli acquirenti e i loro clienti della possibilità di utilizzare efficacemente internet al fine di vendere i loro beni o servizi online, hanno per oggetto di impedire agli acquirenti o ai loro clienti di utilizzare efficacemente internet al fine di vendere i loro beni o servizi online. Una restrizione capace di ridurre in modo significativo la quantità complessiva di vendite online nel mercato costituisce pertanto una restrizione fondamentale delle vendite attive o passive ai sensi dell'articolo 4, lettere da b) a d), VBER. La valutazione per determinare se una restrizione è fondamentale non può dipendere da circostanze specifiche del mercato, né dalle circostanze individuali di uno o più clienti specifici. Restrizioni che impediscono l'uso effettivo di uno o più canali pubblicitari online da parte degli acquirenti o dei loro clienti⁸³ hanno per oggetto di impedire agli acquirenti o ai loro clienti di utilizzare efficacemente internet al fine di vendere i loro beni o servizi online e pertanto limitano le vendite a clienti che desiderano acquistare online e sono ubicati al di fuori della zona di riferimento fisica degli acquirenti o dei loro clienti, in quanto limitano la capacità degli acquirenti o dei loro clienti di contattarli, informarli in merito alla loro offerta e indirizzarli al proprio sito web o ad altri canali di vendita.
- (189) Queste restrizioni fondamentali possono essere il risultato di obblighi diretti, come l'obbligo di non vendere a determinati clienti o a clienti in determinati territori, o l'obbligo di trasferire gli ordini di tali clienti ad altri distributori. Possono anche derivare da misure indirette mirate a indurre il distributore a non effettuare vendite a tali clienti, come ad esempio:
- (a) l'obbligo di chiedere l'autorizzazione preventiva del fornitore⁸⁴;

⁸² Cfr. anche la sentenza nella causa C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence*, EU:C:2011:649, punto 54.

⁸³ Cfr. la decisione della Commissione nel caso AT.40428 *Guess*, punti 118-126.

⁸⁴ Cfr. ad esempio la sentenza nella causa T-77/92, *Parker Pen/Commissione*, EU:T:1994:85, punto 37.

- (b) dinieghi o riduzioni di premi o sconti⁸⁵ e pagamenti compensativi da parte del fornitore se il distributore interrompe le vendite a tali clienti;
 - (c) la cessazione della fornitura;
 - (d) la limitazione o riduzione nei volumi delle forniture, ad esempio, in funzione della domanda esistente all'interno del territorio o del gruppo di clienti attribuiti;
 - (e) la minaccia di risoluzione⁸⁶ o di mancato rinnovo di contratti;
 - (f) la minaccia o l'esecuzione di audit per verificare la conformità alla richiesta di non effettuare vendite a determinati gruppi di clienti o a clienti in determinati territori;
 - (g) l'imposizione di un prezzo più elevato per i prodotti da vendere a determinati gruppi di clienti o a clienti in determinati territori;
 - (h) limitazioni della quota di vendite a determinati gruppi di clienti o a clienti in determinati territori;
 - (i) limitazioni delle lingue da utilizzare sulle confezioni o per la promozione dei prodotti;
 - (j) la fornitura di un altro prodotto in cambio dell'interruzione di tali vendite;
 - (k) pagamenti per interrompere tali vendite;
 - (l) l'obbligo di trasferire al fornitore i profitti derivanti da tali vendite.
- (190) Si può trattare inoltre del rifiuto del fornitore di offrire una garanzia valida sull'intero territorio dell'Unione europea, in virtù della quale il fornitore di norma rimborsa tutti i distributori per la prestazione di un servizio di garanzia obbligatoria, anche in relazione a prodotti venduti da altri distributori all'interno del loro territorio⁸⁷.
- (191) È più probabile che le pratiche citate ai punti (187) e (189) dei presenti orientamenti siano considerate restrizioni delle vendite dell'acquirente quando il fornitore realizza nel contempo un sistema di controllo volto a verificare l'effettiva destinazione dei beni forniti (ad esempio con l'uso di etichette differenziate, gruppi linguistici specifici o numeri di serie).
- (192) In aggiunta agli obblighi diretti e indiretti stabiliti ai punti da 187 a 190 dei presenti orientamenti, allo stesso modo le restrizioni fondamentali concernenti specificamente le vendite online possono essere la conseguenza di obblighi diretti o indiretti. Oltre al divieto diretto di utilizzare internet come canale di vendita, seguono ulteriori esempi di obblighi aventi per oggetto, direttamente o indirettamente, di impedire ai distributori di utilizzare efficacemente internet al fine di vendere i loro beni o servizi online in qualsiasi luogo, in determinati territori o a determinati gruppi di clienti:

⁸⁵ Cfr. ad esempio la sentenza nella causa T-450/05, *Peugeot Nederland/Commissione*, EU:T:2009:262, punto 47.

⁸⁶ Cfr. ad esempio la sentenza nella causa T-62/98, *Volkswagen/Commissione*, EU:T:2000:180, punto 44.

⁸⁷ Se il fornitore decide di non rimborsare i propri distributori per i servizi prestati in base alla garanzia valida sull'intero territorio dell'UE, può essere concordato che, qualora un distributore effettui una vendita al di fuori del territorio che gli è attribuito, egli dovrà pagare al distributore autorizzato nel territorio di destinazione una commissione basata sul costo dei servizi da eseguire comprendente un margine di profitto ragionevole. Questo tipo di sistema può non essere considerato una restrizione delle vendite dei distributori al di fuori del loro territorio (cfr. la sentenza del Tribunale nella causa T-67/01, *JCB Service / Commissione*, Racc. 2004, pag. II-49, punti 136-145).

- (a) l'obbligo per il distributore, a prescindere dal sistema di distribuzione gestito, di impedire a clienti situati in un altro territorio di visualizzare il suo sito web o di prevedere il reinstradamento automatico dei clienti verso il sito web del produttore o di altri distributori. Ciò non esclude l'obbligo per il distributore di offrire sul proprio sito web una serie di link a siti di altri distributori e/o del fornitore⁸⁸;
 - (b) l'obbligo per il distributore, a prescindere dal sistema di distribuzione gestito, di interrompere le transazioni online dei consumatori qualora la loro carta di credito rechi un indirizzo che non rientra nel territorio del distributore⁸⁹;
 - (c) l'obbligo per il distributore di effettuare vendite esclusivamente in uno spazio fisico o alla presenza di personale specializzato⁹⁰;
 - (d) l'obbligo per il distributore di ottenere l'autorizzazione preventiva del fornitore per la vendita online;
 - (e) l'obbligo per il distributore di astenersi dall'utilizzare nel proprio sito internet marchi commerciali o marche del fornitore;
 - (f) il divieto diretto o indiretto di utilizzare specifici canali pubblicitari online, quali strumenti di confronto dei prezzi o pubblicità su motori di ricerca, o altre restrizioni alla pubblicità online che vietino indirettamente l'utilizzo di uno specifico canale pubblicitario online, come ad esempio l'obbligo per il distributore di non utilizzare marchi commerciali o marche dei fornitori per le offerte da indicizzare in motori di ricerca o il divieto di fornire informazioni relative ai prezzi a strumenti di confronto dei prezzi. Il divieto di utilizzare uno strumento di confronto dei prezzi o un motore di ricerca specifici di norma non impedirebbe l'uso efficace di internet allo scopo di effettuare vendite online, poiché si potrebbero utilizzare altri strumenti di confronto dei prezzi o motori di ricerca per accrescere la consapevolezza delle attività di vendita online di un acquirente, mentre il divieto di utilizzare tutti i servizi pubblicitari più diffusi nei rispettivi canali pubblicitari online potrebbe configurare un simile impedimento, se gli strumenti di confronto dei prezzi o i motori di ricerca rimanenti di fatto non sono in grado di attirare clienti al negozio online dell'acquirente.
- (193) Per contro, a norma del VBER ai fornitori è consentito di dare determinate istruzioni ai propri distributori in merito alle modalità di vendita dei prodotti. È ammissibile che un fornitore imponga requisiti di qualità ai distributori, a prescindere dal modello di distribuzione applicato. I fornitori e i rispettivi distributori possono concordare le modalità di vendita che non abbiano come oggetto la restrizione del territorio in cui e

⁸⁸ Articolo 3 del regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE (GU L 60I del 2.3.2018, pag. 1).

⁸⁹ Articolo 5 del regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE (GU L 60I del 2.3.2018, pag. 1).

⁹⁰ *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, punti 36-37.

dei gruppi di clienti ai quali possono essere venduti i beni e servizi. Ad esempio, accordi verticali contenenti requisiti qualitativi, in particolare nel contesto della distribuzione selettiva, quali le dimensioni minime del negozio, requisiti qualitativi concernenti la configurazione del negozio (ad es. riguardo a infissi, arredamento, design, illuminazione e pavimentazione), requisiti qualitativi concernenti l'aspetto e l'atmosfera del sito web, requisiti relativi alla presentazione del prodotto (ad es. il numero minimo di opzioni di colore visualizzate una accanto all'altra o di prodotti del marchio esposti, e lo spazio minimo tra prodotti, linee di prodotto e marchi all'interno del negozio) sono compresi nel VBER⁹¹.

- (194) Accordi verticali che prevedono una restrizione dell'utilizzo di uno specifico canale di vendita online, come i mercati online, o che definiscono standard qualitativi per la vendita online, possono beneficiare dell'esenzione per categoria, a prescindere dal sistema di distribuzione utilizzato dal fornitore, nella misura in cui tale restrizione non abbia per oggetto, direttamente o indirettamente, isolatamente o in combinazione con altri fattori, di impedire agli acquirenti o ai loro clienti di utilizzare efficacemente internet al fine di vendere i loro beni o servizi online o di utilizzare efficacemente uno o più canali pubblicitari online, come spiegato al punto 188. Tali restrizioni non riguardano un gruppo di clienti che possa essere delimitato all'interno di tutti i potenziali clienti, né la capacità degli acquirenti o dei rispettivi clienti di gestire i propri siti web e di fare pubblicità via internet su strumenti di confronto dei prezzi o motori di ricerca online, consentendo agli acquirenti o ai loro clienti di accrescere la consapevolezza delle loro attività online e attirare potenziali clienti. Se non hanno per oggetto indiretto quello di impedire l'uso efficace di internet per la vendita online, tali restrizioni delle vendite quindi non configurano una restrizione dei territori in cui o dei clienti ai quali i distributori o i loro clienti possono vendere i beni o servizi oggetto del contratto. In linea di principio, le restrizioni che beneficiano dell'esenzione per categoria comprendono:
- (a) il divieto diretto o indiretto di effettuare vendite su mercati online⁹²;
 - (b) l'obbligo per l'acquirente di gestire uno o più negozi o showroom non virtuali come condizione per aderire al sistema di distribuzione del fornitore;
 - (c) l'obbligo per l'acquirente di vendere offline almeno una determinata quantità assoluta (in termini di valore o di volume, ma non in proporzione alle vendite complessive) dei beni o servizi oggetto del contratto per garantire il funzionamento efficiente del suo negozio non virtuale. Tale quantità assoluta di vendite offline richieste può essere la stessa per tutti gli acquirenti o essere stabilita a livello individuale per ogni acquirente sulla base di criteri oggettivi, come le dimensioni dell'acquirente nella rete o la sua ubicazione geografica.
- (195) L'obbligo per il medesimo acquirente di pagare un prezzo diverso per i prodotti destinati alla rivendita online rispetto ai prodotti destinati alla rivendita offline può beneficiare della "zona di sicurezza" del VBER, nella misura in cui abbia per oggetto di incentivare o premiare un adeguato livello di investimenti effettuati rispettivamente online e offline. Tale differenza di prezzo dovrebbe essere connessa

⁹¹ Per altri esempi, cfr. il documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna la relazione finale sull'indagine settoriale sul commercio elettronico, (SWD(2017) 154 final del 10.5.2017, punto 241).

⁹² Causa C-230/16, *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH*, ECLI:EU:C:2017:941, punti 64-69; cfr. anche la sezione 8.2.3 dei presenti orientamenti.

ai diversi costi sostenuti in ciascun canale dai distributori al dettaglio. A tale proposito, la differenza di prezzo all'ingrosso dovrebbe tenere conto dei diversi investimenti e costi sostenuti da un distributore ibrido, in modo da incentivarlo o premiarlo per il livello adeguato di investimenti effettuati rispettivamente online e offline, poiché laddove la differenza di prezzo all'ingrosso non abbia alcun legame con i diversi costi sostenuti in ciascun canale, è improbabile che produca incrementi di efficienza. Se ha per oggetto di impedire l'uso efficace di internet ai fini della vendita online, la differenza di prezzo all'ingrosso costituisce pertanto una restrizione fondamentale, come indicato al punto 188 dei presenti orientamenti. Questo vale in particolare nel caso in cui l'uso efficace di internet ai fini della vendita online risulti non remunerativo o finanziariamente non sostenibile a causa della differenza di prezzo.

- (196) Le restrizioni alla pubblicità online negli accordi verticali beneficiano dell'esenzione per categoria nella misura in cui non abbiano per oggetto, direttamente o indirettamente, di impedire agli acquirenti o ai loro clienti di utilizzare efficacemente internet al fine di vendere i propri beni o servizi online, e in particolare non vietino, direttamente o indirettamente, l'uso efficace di uno o più specifici canali pubblicitari online. Esempi di restrizioni alla pubblicità online che beneficiano della "zona di sicurezza" del VBER comprendono il requisito che la pubblicità online rispetti determinati standard qualitativi o comprenda contenuti o informazioni specifici, o l'obbligo per l'acquirente di non avvalersi dei servizi di singoli fornitori di pubblicità online che non rispettino determinati standard qualitativi.

6.1.2.2. Distinzione tra vendite attive e passive

- (197) Una restrizione del territorio in cui, o del gruppo di clienti ai quali, un acquirente o i suoi clienti possono vendere i beni o servizi oggetto del contratto può riguardare le vendite attive o passive in tale territorio o a tali clienti. L'articolo 1, lettere l) e m), VBER, contiene le definizioni di vendite attive e passive.
- (198) A norma dell'articolo 1, lettera m), VBER, la vendita a clienti che non sono stati contattati attivamente mediante l'istituzione di un proprio sito web o di un negozio online, su un server proprio o anche ospiti di un server terzo, configura una vendita passiva, in quanto si tratta di un modo per consentire a potenziali clienti di raggiungere un particolare distributore. L'utilizzo di un sito web può produrre effetti che vanno al di là del territorio e del gruppo di clienti del distributore, ad esempio consentendo acquisti online da parte di clienti ubicati al di fuori della zona di riferimento fisica del distributore. Se, in assenza di un contatto attivo da parte del distributore di uno specifico territorio o gruppo di clienti, un cliente rientrando in tale territorio o gruppo visita il sito web di un distributore e lo contatta, e se tale contatto si conclude con una vendita, inclusa la consegna effettiva, ciò è considerato come una vendita passiva, in quanto l'accesso del cliente al sito web del distributore deriva dall'uso di internet da parte del cliente. Lo stesso vale se un cliente sceglie di essere informato automaticamente dal distributore e le informazioni determinano una vendita. Analogamente, il ricorso a tecniche di ottimizzazione dei motori di ricerca per un sito web, in particolare mediante strumenti o tecniche intesi a migliorare il posizionamento di tale sito web nei motori di ricerca, è una forma di vendita passiva.
- (199) Viceversa, l'offerta in un sito web o in un negozio online di opzioni linguistiche diverse da quelle comunemente utilizzate nel territorio in cui è stabilito il distributore

di norma indica che le attività del distributore sono dirette al territorio nel quale tale lingua è parlata abitualmente e configura pertanto una forma di vendita attiva⁹³. L'offerta in un sito web dell'opzione della lingua inglese non è ritenuta un'indicazione del fatto che le attività del distributore siano dirette a territori anglofoni, poiché l'inglese è comunemente utilizzato negli Stati membri dell'UE. Analogamente, la creazione di un proprio sito web o di un negozio online con un nome di dominio corrispondente a un territorio diverso da quello in cui è stabilito il distributore costituisce una forma di vendita attiva in tale territorio, mentre l'offerta di un sito web o di un negozio online con un nome di dominio generico e non specifico per paese è considerata una forma di vendita passiva.

- (200) Le inserzioni pubblicitarie o promozionali mirate online sono una forma di vendita attiva. In particolare la pubblicità online, in molti casi, consente al distributore di stabilire in anticipo il pubblico che visualizzerà la sua inserzione pubblicitaria online e quindi di selezionare i territori o i gruppi di clienti destinatari. La pubblicità mirata online che raggiunge clienti all'interno di un territorio esclusivo o di un gruppo di clienti esclusivo assegnati ad altri distributori è pertanto soggetta a restrizioni. Si tratta, ad esempio, di inserzioni pubblicitarie personalizzate, rivolte a clienti in un territorio o in un gruppo di clienti esclusivo, o di offerte per l'indicizzazione a pagamento su un motore di ricerca mirato a un territorio esclusivo o a un gruppo di clienti esclusivo, o di qualsiasi altra forma di pubblicità online che consenta al distributore di concepire le inserzioni pubblicitarie in modo da rivolgersi a clienti in territori o gruppi di clienti esclusivi, o di escluderli. Per contro, la pubblicità o la promozione online intesa a raggiungere clienti nel territorio o nel gruppo di clienti di un distributore, ma che non può essere limitata a tale territorio o gruppo di clienti, è considerata una forma di vendita passiva, nella misura in cui non è concepita per rivolgersi a clienti di territori o gruppi di clienti specifici. Esempi di queste azioni pubblicitarie di portata generale sono i contenuti sponsorizzati nel sito web di un quotidiano locale o nazionale che possono essere visualizzati da qualsiasi visitatore del sito, o l'uso di strumenti di confronto dei prezzi con nomi di dominio generici e non specifici per paese. Viceversa, se tali azioni pubblicitarie di portata generale si svolgono in lingue non abitualmente utilizzate nel territorio in cui è stabilito il distributore o su siti web con nomi di dominio corrispondenti a un territorio diverso da quello in cui è stabilito il distributore, si configura una forma di vendita attiva in tale territorio, in quanto non sarebbe più intesa a raggiungere clienti nel territorio del distributore. La partecipazione ad appalti pubblici è classificata come una forma di vendita passiva, a prescindere dal tipo di procedura di appalto pubblico (ad es. procedura aperta o ristretta), coerentemente con la normativa in materia di appalti pubblici. Se la partecipazione a una gara d'appalto pubblica dovesse qualificarsi come vendita attiva, la concorrenza all'interno del marchio sarebbe ridotta in misura significativa in tali mercati, in contraddizione con la logica di fondo della normativa in materia di appalti pubblici che prevede l'agevolazione della concorrenza all'interno del marchio. Di conseguenza la restrizione della partecipazione di un acquirente ad appalti pubblici è una restrizione fondamentale a norma dell'articolo 4, lettere da b) a d), VBER. Analogamente, la risposta a gare d'appalto private è una forma di vendita passiva. Una gara d'appalto privata è una richiesta di vendita spontanea rivolta a

⁹³ Sentenze nelle cause C-585/08 e C-144/09, *Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG e Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller*, ECLI:EU:C:2010:740, punto 93.

molteplici potenziali fornitori e la presentazione di un'offerta in risposta a una gara privata configura pertanto una vendita passiva.

- (201) Come esposto all'articolo 1, paragrafo 1, lettera n), VBER, nel contesto delle restrizioni che configurano una "restrizione delle vendite attive o passive" a norma dell'articolo 4 VBER, tutte le forme di vendita diverse da quelle definite come vendite passive nel VBER e ulteriormente illustrate nei presenti orientamenti sono considerate vendite attive.

6.1.2.3. Applicazione dei principi generali

- (202) L'articolo 4, lettere da b) a d), VBER prevede un elenco di restrizioni fondamentali ed eccezioni che si applicano a seconda del sistema di distribuzione adottato dal fornitore, ossia distribuzione esclusiva, selettiva o libera.

6.1.2.4. Se il fornitore gestisce un sistema di distribuzione esclusiva

- (203) La restrizione fondamentale di cui all'articolo 4, lettera b), VBER riguarda accordi o pratiche concordate che, direttamente o indirettamente, hanno per oggetto la restrizione del territorio in cui, o del gruppo di clienti al quale, un acquirente a cui è stato assegnato un territorio o un gruppo di clienti esclusivo, può effettuare vendite attive o passive di beni o servizi oggetto del contratto.
- (204) Esistono cinque eccezioni alla restrizione fondamentale stabilita all'articolo 4, lettera b), VBER.
- (205) In primo luogo, l'articolo 4, lettera b), punto i), VBER consente al fornitore di imporre la restrizione delle vendite attive di un distributore esclusivo in un territorio o a un gruppo di clienti assegnati in via esclusiva ad altri acquirenti, o riservati al fornitore. Al fine di mantenere i loro incentivi agli investimenti, i distributori designati in via esclusiva dovrebbero essere adeguatamente protetti nei confronti delle vendite attive, compresa la pubblicità online, nel territorio o al gruppo di clienti a loro assegnati in via esclusiva dagli altri acquirenti del fornitore all'interno dell'Unione, ivi compresi acquirenti ai quali il fornitore ha assegnato in via esclusiva altri territori o gruppi di clienti. Laddove le restrizioni delle vendite attive imposte ad altri acquirenti del fornitore non offrano un livello adeguato di protezione per salvaguardare gli incentivi del distributore designato a investire nel territorio esclusivo e quindi giustificare l'istituzione di un sistema di distribuzione esclusiva, è probabile che il beneficio del VBER sia revocato.
- (206) Le vendite dei clienti di un distributore esclusivo in un territorio o a un gruppo di clienti che il fornitore ha assegnato in via esclusiva ad altri distributori possono anch'esse compromettere gli incentivi di questi ultimi distributori a investire in qualità o in servizi per incrementare la domanda. Per proteggere gli incentivi agli investimenti dei distributori designati in via esclusiva, il fornitore può pertanto richiedere che anche agli altri distributori, e ai rispettivi clienti che hanno stipulato un accordo di distribuzione con il fornitore o con un terzo al quale quest'ultimo ha concesso i diritti di distribuzione, siano imposte restrizioni all'effettuazione di vendite attive nel territorio assegnato in via esclusiva o ai gruppi di clienti assegnati

in via esclusiva (ossia trasferire la restrizione delle vendite attive ai clienti dell'acquirente)⁹⁴.

- (207) Il fornitore può combinare l'assegnazione di un territorio esclusivo e di un gruppo di clienti esclusivo, ad esempio designando un distributore esclusivo per un particolare gruppo di clienti in un determinato territorio.
- (208) La protezione dei territori o dei gruppi di clienti assegnati in via esclusiva non è assoluta. Onde evitare la ripartizione del mercato, non è possibile vietare le vendite passive in tali territori o a tali gruppi di clienti. L'articolo 4, lettera b), VBER tuttavia riguarda solo le restrizioni delle vendite da parte dell'acquirente o dei suoi clienti, per cui al fornitore non è impedito di accettare una restrizione totale o parziale, online e offline, delle vendite attive e passive nel territorio esclusivo o ai clienti (tutti o alcuni) che costituiscono un gruppo di clienti esclusivo.
- (209) In secondo luogo, l'articolo 4, lettera b), punto ii), VBER consente al fornitore che combina l'applicazione di un sistema di distribuzione esclusiva e di un sistema di distribuzione selettiva in territori diversi di vietare a un acquirente esclusivo di effettuare vendite attive o passive a distributori non autorizzati ubicati in un territorio in cui il fornitore gestisce un sistema di distribuzione selettiva e ha pertanto designato distributori selezionati o ha riservato il territorio per l'applicazione di tale sistema di distribuzione selettiva. La protezione del sistema di distribuzione selettiva si estende alle vendite attive e passive dei clienti dell'acquirente esclusivo, ai quali può essere ugualmente vietato di effettuare vendite a distributori non autorizzati rientranti nel sistema di distribuzione selettiva.
- (210) In terzo luogo, l'articolo 4, lettera b), punto iii), VBER consente a un fornitore di limitare il luogo di stabilimento dell'acquirente al quale è assegnato un territorio esclusivo o un gruppo di clienti esclusivo ("clausola dell'ubicazione"). Il beneficio del VBER è pertanto possibile se viene concordato che l'acquirente limiti i propri punti di distribuzione e depositi ad un indirizzo, luogo o territorio particolari. Nel caso di un punto di distribuzione mobile può essere definita un'area al di fuori della quale non può operare. L'utilizzo del proprio sito internet da parte di un distributore non può essere considerato paragonabile all'apertura di un nuovo punto vendita in un luogo diverso e pertanto non è soggetto a restrizioni⁹⁵.
- (211) In quarto luogo, l'articolo 4, lettera b), punto iv), VBER consente a un fornitore di limitare le vendite attive e passive di un grossista esclusivo a utenti finali, in quanto il fornitore può tenere separati i livelli commerciali all'ingrosso e al dettaglio. Tale eccezione non esclude tuttavia la possibilità di consentire al grossista di vendere a determinati utenti finali (ad esempio alcuni grandi utenti finali), pur non consentendogli di vendere a (tutti gli) altri utenti finali.
- (212) In quinto luogo, l'articolo 4, lettera b), punto v), VBER consente a un fornitore di vietare a un acquirente di componenti, forniti ai fini dell'incorporazione, di rivenderli a concorrenti del fornitore, che li utilizzerebbero per fabbricare beni simili a quelli prodotti dal fornitore. Il termine "componenti" include qualsiasi bene intermedio ed il termine "incorporazione" si riferisce all'uso come input per la produzione di un bene.

⁹⁴ Tale trasferimento è consentito dal VBER quando la quota di mercato del fornitore contraente sul mercato in cui vende i beni o i servizi all'acquirente non supera il 30 % e quando la quota di mercato dell'acquirente sul mercato in cui acquista i beni o i servizi oggetto del contratto non supera il 30 %.

⁹⁵ Cfr. la sentenza nella causa C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence*, EU:C:2011:649, punti 56-57.

6.1.2.5. Se il fornitore gestisce un sistema di distribuzione selettiva

- (213) La restrizione fondamentale di cui all'articolo 4, lettera c), punto i), VBER riguarda accordi o pratiche concordate che, direttamente o indirettamente, hanno per oggetto la restrizione del territorio in cui, o dei gruppi di clienti ai quali i membri del sistema di distribuzione selettiva possono attivamente o passivamente vendere i beni o i servizi oggetto del contratto.
- (214) Esistono cinque eccezioni alla restrizione fondamentale stabilita all'articolo 4, lettera c), punto i), VBER.
- (215) La prima eccezione riguarda la restrizione delle vendite attive di distributori autorizzati al di fuori del sistema di distribuzione selettivo. Essa consente al fornitore di imporre restrizioni delle vendite attive, compresa la pubblicità online, di distributori autorizzati in altri territori o a gruppi di clienti assegnati in via esclusiva a uno o più distributori o riservati in via esclusiva al fornitore. Quest'ultimo può chiedere che la restrizione delle vendite attive in un territorio esclusivo o a un gruppo di clienti esclusivo sia trasferita dall'acquirente ai suoi clienti che hanno concluso un accordo di distribuzione con un fornitore o con un terzo al quale il fornitore ha conferito diritti di distribuzione.
- (216) La seconda eccezione consente al fornitore di vietare a distributori autorizzati e ai relativi clienti di effettuare vendite a distributori non autorizzati ubicati in un territorio in cui il fornitore gestisce un sistema di distribuzione selettiva e ha pertanto designato distributori selezionati o ha riservato il territorio per l'applicazione di tale sistema di distribuzione selettiva. La restrizione può riguardare vendite attive o passive a qualsiasi livello della catena commerciale.
- (217) La terza eccezione consente al fornitore di impedire ai distributori autorizzati di svolgere la loro attività da sedi diverse o di aprire un nuovo punto vendita in una diversa ubicazione ("clausola dell'ubicazione"). Il beneficio del VBER è pertanto possibile se viene concordato che l'acquirente limiti i propri punti di distribuzione e depositi ad un indirizzo, luogo o territorio particolari. Nel caso di un punto di distribuzione mobile può essere definita un'area al di fuori della quale non può operare. L'utilizzo del proprio sito web da parte di un distributore non può essere considerato paragonabile all'apertura di un nuovo punto vendita in un luogo diverso e pertanto non è soggetto a restrizioni.
- (218) La quarta eccezione consente a un fornitore di imporre restrizioni delle vendite attive e passive di un grossista autorizzato a utenti finali, in quanto il fornitore può tenere separati i livelli commerciali all'ingrosso e al dettaglio. Tale eccezione non esclude tuttavia la possibilità di consentire al grossista di vendere a determinati utenti finali (ad esempio alcuni grandi utenti finali), pur non consentendogli di vendere a (tutti gli) altri utenti finali.
- (219) La quinta eccezione consente a un fornitore di vietare a un acquirente di componenti, forniti ai fini dell'incorporazione, di rivenderli a concorrenti del fornitore, che li utilizzerebbero per fabbricare beni simili a quelli prodotti dal fornitore. Il termine "componenti" include qualsiasi bene intermedio ed il termine "incorporazione" si riferisce all'uso come input per la produzione di un bene.
- (220) La restrizione fondamentale di cui all'articolo 4, lettera c), punto iii), VBER esclude la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali - siano essi utilizzatori professionali o consumatori finali - da parte dei membri di una rete di distribuzione selettiva, fatta salva la possibilità di proibire ad un membro della rete di svolgere la

propria attività in un luogo di stabilimento non autorizzato (cfr. la terza eccezione all'articolo 4, lettera c), punto i) e il punto 217 dei presenti orientamenti). Ciò significa che ai distributori autorizzati non possono essere imposte restrizioni nella scelta degli utenti, o degli agenti che acquistano per conto di tali utenti, ai quali possono effettuare vendite, tranne che per proteggere un sistema di distribuzione esclusiva gestito in un altro territorio (cfr. la prima eccezione all'articolo 4, lettera c), punto i) e il punto 215 dei presenti orientamenti). All'interno di un sistema di distribuzione selettiva i distributori autorizzati dovrebbero essere liberi di vendere, in modo sia attivo che passivo, a tutti gli utenti finali.

- (221) Considerando che i canali online e offline presentano caratteristiche diverse, un fornitore che gestisce un sistema di distribuzione selettiva può imporre ai propri distributori autorizzati dei criteri per le vendite online diversi da quelli imposti per le vendite nei negozi non virtuali, nella misura in cui i criteri imposti per le vendite online non hanno per oggetto, direttamente o indirettamente, isolatamente o in combinazione con altri fattori, di impedire agli acquirenti o ai loro clienti di utilizzare efficacemente internet al fine di vendere i propri beni o servizi online. Ad esempio, un fornitore può stabilire requisiti specifici per garantire determinati standard qualitativi del servizio per gli utenti che acquistano online, come l'istituzione e la gestione di uno sportello di assistenza post-vendita online, l'obbligo di sostenere i costi della restituzione dei prodotti da parte dei clienti o l'uso di sistemi di pagamento sicuri. Tali restrizioni non riguardano un gruppo di clienti che possa essere delimitato all'interno di tutti i potenziali clienti, né la capacità degli acquirenti o dei rispettivi clienti di gestire i propri siti web e di fare pubblicità via internet su piattaforme di terzi o motori di ricerca online, consentendo agli acquirenti o ai loro clienti di accrescere la consapevolezza delle loro attività online e attirare potenziali clienti.
- (222) Un sistema di distribuzione selettiva non può essere combinato con un sistema di distribuzione esclusiva, come definito all'articolo 1, paragrafo 1, lettera g), VBER, all'interno dello stesso territorio, in quanto questo comporterebbe una restrizione fondamentale delle vendite attive o passive a utenti finali da parte dei distributori autorizzati a norma dell'articolo 4, lettera c), punto i), VBER. Il fornitore può tuttavia impegnarsi a rifornire solo un distributore autorizzato o un numero limitato di distributori autorizzati in una parte particolare del territorio in cui è applicato il sistema di distribuzione selettiva. Il fornitore può anche impegnarsi a non effettuare vendite dirette in tale territorio. Secondo quanto consentito dalla seconda eccezione all'articolo 4, lettera c), punto i), VBER, il fornitore può anche imporre una clausola dell'ubicazione ai propri distributori autorizzati.
- (223) La restrizione fondamentale di cui all'articolo 4, lettera c), punto ii), VBER riguarda la restrizione delle forniture incrociate tra distributori autorizzati nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva. Ciò significa che il fornitore non può impedire le vendite attive o passive tra i propri distributori autorizzati, che devono essere liberi di acquistare i prodotti oggetto del contratto da altri distributori autorizzati all'interno della rete, operanti allo stesso livello o a un livello diverso della catena commerciale⁹⁶. La distribuzione selettiva non può pertanto essere combinata con restrizioni verticali volte ad obbligare i distributori ad acquistare i prodotti oggetto del contratto esclusivamente da una determinata fonte. Ciò significa inoltre che

⁹⁶ Cfr. ad esempio la decisione della Commissione in AT.40182 *Guess*, punti da 65 a 78.

nell'ambito di una rete di distribuzione selettiva non può essere imposta ai grossisti autorizzati alcuna restrizione quanto alle vendite a distributori autorizzati.

6.1.2.6. Se il fornitore gestisce un sistema di distribuzione libera

- (224) La restrizione fondamentale di cui all'articolo 4, lettera d), VBER riguarda accordi o pratiche concordate che, direttamente o indirettamente, hanno per oggetto la restrizione del territorio in cui, o del gruppo di clienti al quale, un acquirente può vendere attivamente o passivamente i beni o servizi oggetto del contratto.
- (225) Esistono cinque eccezioni alla restrizione fondamentale stabilita all'articolo 4, lettera d), VBER.
- (226) In primo luogo, l'articolo 4, lettera d), punto i), VBER consente al fornitore di imporre la restrizione delle vendite attive, compresa la pubblicità online, di un acquirente in un territorio o a un gruppo di clienti riservati in via esclusiva al fornitore o assegnati in via esclusiva ad altri acquirenti. Quest'ultimo può chiedere che la restrizione delle vendite attive in un territorio esclusivo o a un gruppo di clienti esclusivo sia trasferita dall'acquirente ai suoi clienti che hanno concluso un accordo di distribuzione con un fornitore o con un terzo al quale il fornitore ha conferito diritti di distribuzione. La protezione di territori o gruppi di clienti assegnati in via esclusiva tuttavia non è assoluta, in quanto non è possibile vietare le vendite passive in tali territori o a tali gruppi di clienti.
- (227) In secondo luogo, l'articolo 4, lettera d), punto ii), VBER consente al fornitore di imporre restrizioni delle vendite attive o passive da parte di un acquirente e dei suoi clienti a distributori non autorizzati ubicati in un territorio in cui il fornitore gestisce un sistema di distribuzione selettiva o che il fornitore ha riservato per la gestione di un tale sistema di distribuzione selettiva. La restrizione può riguardare vendite attive o passive a qualsiasi livello della catena commerciale.
- (228) In terzo luogo, l'articolo 4, lettera d), punto iii), VBER consente a un fornitore di limitare il luogo di stabilimento di un acquirente ("clausola dell'ubicazione"). Il beneficio del VBER è pertanto possibile se viene concordato che l'acquirente limiti i propri punti di distribuzione e depositi ad un indirizzo, luogo o territorio particolari. Nel caso di un punto di distribuzione mobile può essere definita un'area al di fuori della quale non può operare. L'utilizzo del proprio sito web da parte di un distributore non può essere considerato paragonabile all'apertura di un nuovo punto vendita in un luogo diverso e pertanto non è soggetto a restrizioni⁹⁷.
- (229) In quarto luogo, l'articolo 4, lettera d), punto vi), VBER consente a un fornitore di limitare le vendite attive e passive di un grossista a utenti finali, in quanto il fornitore può tenere separati i livelli commerciali all'ingrosso e al dettaglio. Tale eccezione non esclude tuttavia la possibilità di consentire al grossista di vendere a determinati utenti finali (ad esempio alcuni grandi utenti finali), pur non consentendogli di vendere ad altri utenti finali.
- (230) In quinto luogo, l'articolo 4, lettera d), punto v), VBER consente a un fornitore di vietare a un acquirente di componenti, forniti ai fini dell'incorporazione, di rivenderli a concorrenti del fornitore, che li utilizzerebbero per fabbricare beni simili a quelli

⁹⁷ Cfr. la sentenza nella causa C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence*, EU:C:2011:649, punti 56-57.

prodotti dal fornitore. Il termine "componenti" include qualsiasi bene intermedio ed il termine "incorporazione" si riferisce all'uso come input per la produzione di un bene.

6.1.3. *Restrizioni delle vendite di pezzi di ricambio*

- (231) La restrizione fondamentale di cui all'articolo 4, lettera e), VBER riguarda accordi volti a impedire o limitare ad utenti finali, riparatori indipendenti, grossisti e prestatori di servizi la possibilità di ottenere pezzi di ricambio direttamente dal produttore di tali pezzi. Un accordo fra un produttore di pezzi di ricambio e un acquirente "assemblatore" che incorpora tali pezzi nei propri prodotti (*original equipment manufacturer*, OEM), non può, direttamente o indirettamente, impedire o limitare le vendite da parte dell'OEM di tali pezzi di ricambio a utenti finali, riparatori indipendenti, grossisti o prestatori di servizi. Restrizioni indirette possono aversi, in particolare, quando al fornitore dei pezzi di ricambio sono poste restrizioni relative alla fornitura di informazioni tecniche e di apparecchiature speciali necessarie per l'impiego dei pezzi di ricambio da parte di utenti finali, riparatori indipendenti o prestatori di servizi. L'accordo tuttavia può contenere restrizioni relative alla fornitura dei pezzi di ricambio ai riparatori o ai prestatori di servizi incaricati dall'OEM della riparazione o della manutenzione dei propri prodotti. Ciò significa che l'OEM può esigere che la propria rete di riparazione e manutenzione acquisti i pezzi di ricambio da lui o da altri membri del suo sistema di distribuzione selettiva, nel luogo in cui gestisce tale sistema.

6.2. **Restrizioni che sono escluse dal VBER**

- (232) L'articolo 5 VBER esclude taluni obblighi contenuti in accordi verticali dall'ambito di applicazione del VBER, a prescindere dal superamento della soglia di quota di mercato di cui all'articolo 3, paragrafo 1, VBER. L'articolo 5 VBER definisce gli obblighi per i quali non si può presumere con sufficiente certezza che soddisfino le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3. Non si può presumere che gli obblighi specificati nell'articolo 5 VBER rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, o che non soddisfino le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3. L'esclusione di questi obblighi dal VBER implica solo che sono soggetti a una valutazione individuale a norma dell'articolo 101. Diversamente dall'articolo 4 VBER, l'esclusione dall'esenzione per categoria di cui all'articolo 5 VBER inoltre è limitata all'obbligo specifico, purché tale obbligo possa essere separato dal resto dall'accordo verticale, che continua a beneficiare dell'esenzione per categoria.

6.2.1. *Obblighi di non concorrenza di durata superiore a cinque anni*

- (233) A norma dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera a), VBER, gli obblighi di non concorrenza di durata superiore a cinque anni sono esclusi dal beneficio del VBER. Per obbligo di non concorrenza si intende qualsiasi accordo in base al quale l'acquirente acquista dal fornitore o da un'altra impresa da questo indicata più dell'80 % degli acquisti annui complessivi dei beni o servizi contrattuali e dei loro succedanei effettuati dall'acquirente stesso nell'anno civile precedente, secondo la definizione di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera e), VBER, impedendo in tal modo all'acquirente di acquistare beni o servizi concorrenti o limitando tali acquisti a meno del 20 % degli acquisti complessivi. Se non sono disponibili dati pertinenti per gli acquisti dell'acquirente nell'anno civile precedente la conclusione dell'accordo verticale, può essere presa in considerazione la stima più accurata del fabbisogno annuo complessivo presentata dall'acquirente, benché sia opportuno utilizzare i dati sugli acquisti effettivi non appena sono disponibili.

(234) Gli obblighi di non concorrenza non rientrano nell'esenzione per categoria quando la loro durata è indeterminata o superiore a cinque anni. Gli obblighi di non concorrenza che sono tacitamente rinnovabili oltre i cinque anni rientrano nell'esenzione per categoria, purché l'acquirente possa effettivamente rinegoziare o risolvere l'accordo verticale contenente l'obbligo con un ragionevole preavviso e a un costo ragionevole, e sia quindi in grado di passare a un altro fornitore dopo la scadenza del periodo di cinque anni. Se, ad esempio, l'accordo verticale prevede un obbligo di non concorrenza di cinque anni e il fornitore concede all'acquirente un prestito, il rimborso di tale prestito non dovrebbe impedire all'acquirente di porre effettivamente termine all'obbligo di non concorrenza allo scadere dei cinque anni. Analogamente, se il fornitore fornisce all'acquirente apparecchiature non specificamente funzionali al rapporto contrattuale, l'acquirente dovrebbe avere la possibilità di rilevare tali apparecchiature al loro valore di mercato allo scadere dell'obbligo di non concorrenza.

(235) A norma dell'articolo 5, paragrafo 2, VBER, il limite di cinque anni non si applica quando i beni o servizi sono rivenduti dall'acquirente "in locali e terreni di proprietà del fornitore o da questi affittati presso terzi non collegati all'acquirente". In tali casi l'obbligo di non concorrenza può essere della stessa durata del periodo di occupazione del punto vendita da parte dell'acquirente. La ragione di tale eccezione è che sarebbe irragionevole attendersi che un fornitore acconsenta alla vendita di prodotti concorrenti in locali e terreni di sua proprietà senza il suo consenso. Per analogia, gli stessi principi si applicano quando l'acquirente opera a partire da un punto vendita mobile appartenente al fornitore o da questi affittato presso terzi non collegati all'acquirente. La costituzione artificiale di un diritto reale, quale il trasferimento da parte del distributore dei propri diritti di proprietà sul terreno e dei locali al fornitore per un periodo limitato di tempo, volta ad aggirare il limite di durata di cinque anni, non può beneficiare di questa eccezione.

6.2.2. *Obblighi di non concorrenza dopo la scadenza*

(236) A norma dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera b), in combinato disposto con l'articolo 5, paragrafo 3, VBER, gli obblighi di non concorrenza a carico dell'acquirente dopo la scadenza dell'accordo sono esclusi dal VBER, a meno che essi non siano indispensabili per proteggere il know-how trasferito dal fornitore all'acquirente, siano limitati ai punti vendita da cui l'acquirente ha operato durante il periodo di vigenza del contratto e siano limitati ad un periodo massimo di un anno. Quanto precede vale esclusivamente nel caso in cui il know-how sia sostanziale ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera h), VBER, ossia che comprenda conoscenze significative e utili all'acquirente per l'uso, la vendita o la rivendita dei beni o dei servizi contrattuali.

6.2.3. *Obblighi di non concorrenza imposti a membri di un sistema di distribuzione selettiva*

(237) L'articolo 5, paragrafo 1, lettera c), VBER riguarda la vendita di beni o servizi concorrenti in un sistema di distribuzione selettiva. Il VBER copre la combinazione della distribuzione selettiva con un obbligo di non concorrenza che impone ai distributori autorizzati di non rivendere marche concorrenti. Se tuttavia il fornitore impedisce ai propri distributori autorizzati, direttamente o indirettamente, di acquistare prodotti destinati alla rivendita presso uno o più particolari fornitori concorrenti, tale obbligo non può beneficiare dell'esenzione per categoria. L'obiettivo dell'esclusione di questo tipo di obbligo è quello di evitare una situazione in cui un gruppo di fornitori che si avvalgono degli stessi punti vendita nell'ambito della

distribuzione selettiva impediscano a uno o più particolari concorrenti di utilizzare tali punti vendita per distribuire i loro prodotti. Un simile scenario configurerebbe una preclusione del mercato a un fornitore concorrente mediante una forma di boicottaggio collettivo.

6.2.4. *Obblighi di parità*

- (238) La quarta esclusione dall'esenzione per categoria, di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettera d), VBER, riguarda gli obblighi di parità nella vendita al dettaglio imposti dai fornitori di servizi di intermediazione online che impediscono agli acquirenti di tali servizi di offrire, vendere o rivendere beni o servizi agli utenti finali a condizioni più favorevoli utilizzando servizi di intermediazione online concorrenti. Gli utenti finali possono essere imprese o consumatori finali. Le condizioni possono riguardare prezzi, scorte, disponibilità o altri termini o condizioni di offerta o vendita. L'obbligo di parità può essere espresso o applicato mediante altri strumenti diretti o indiretti, compreso l'uso di prezzi differenziati o altri incentivi o misure la cui applicazione dipende dalle condizioni alle quali l'acquirente dei servizi di intermediazione online offre beni o servizi agli utenti finali avvalendosi di fornitori concorrenti di tali servizi. Ad esempio un fornitore di servizi di intermediazione online può incentivare gli acquirenti a concedergli la parità in relazione a fornitori concorrenti di tali servizi offrendo una migliore visibilità sul proprio sito web per i beni o servizi dell'acquirente o applicando commissioni inferiori.
- (239) Tutti gli altri tipi di obblighi di parità rientrano nell'esenzione per categoria del VBER. Sono compresi ad esempio gli obblighi di parità nella vendita al dettaglio relativi alle vendite dirette o a canali di commercializzazione di fornitori di beni o servizi (la cosiddetta parità "ristretta"); gli obblighi di parità relativi alle condizioni alle quali i beni o i servizi sono offerti a imprese diverse da utenti finali e gli obblighi di parità relativi alle condizioni alle quali produttori, grossisti o dettaglianti acquistano beni o servizi come input (cfr. la sezione 8.2.5. dei presenti orientamenti per la valutazione degli obblighi di parità in casi individuali non soggetti al VBER).

7. **REVOCA E NON APPLICAZIONE**

7.1. **Revoca del beneficio del VBER (articolo 29 del regolamento (CE) n. 1/2003)**

- (240) La Commissione può revocare il beneficio del VBER a norma dell'articolo 29, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003, qualora constati che in uno specifico caso un accordo verticale al quale si applica il VBER produce determinati effetti che sono incompatibili con l'articolo 101, paragrafo 3. Qualora, in uno specifico caso, un simile accordo produca effetti incompatibili con l'articolo 101, paragrafo 3, sul territorio di uno Stato membro o in una parte di esso avente tutte le caratteristiche di un mercato geografico distinto, l'autorità garante della concorrenza di tale Stato membro può anche revocare il beneficio del VBER, a norma dell'articolo 29, paragrafo 2 del regolamento (CE) n. 1/2003. L'articolo 29 del regolamento (CE) n. 1/2003 non cita le giurisdizioni degli Stati membri, che quindi non hanno il potere di revocare il beneficio del VBER,⁹⁸ a meno che la giurisdizione interessata non sia

⁹⁸ Né le giurisdizioni degli Stati membri possono modificare la portata del VBER, estendendone l'ambito di applicazione ad accordi che non vi rientrano. Una siffatta estensione si ripercuoterebbe, in effetti, indipendentemente dalla sua rilevanza, sul modo secondo il quale la Commissione ha esercitato il suo potere legislativo (cfr. la sentenza nella causa C-234/89, *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, EU:C:1991:91, punto 46).

un'autorità garante della concorrenza designata di uno Stato membro a norma dell'articolo 35 del regolamento (CE) n. 1/2003.

- (241) La Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza possono revocare il beneficio del VBER in due circostanze. In primo luogo, possono revocare il beneficio del VBER qualora un accordo verticale rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, produca *isolatamente* effetti sul mercato rilevante che sono incompatibili con l'articolo 101, paragrafo 3. In secondo luogo, come indicato al considerando 18 del VBER, possono revocare il beneficio del VBER anche qualora l'accordo verticale produca tali effetti *in combinazione* con accordi simili stipulati da fornitori o acquirenti concorrenti. Questo perché reti parallele di accordi verticali simili possono produrre effetti cumulativi che sono incompatibili con l'articolo 101, paragrafo 3. La restrizione dell'accesso al mercato rilevante e della concorrenza al suo interno sono esempi di tali effetti cumulativi che possono giustificare una revoca del beneficio del VBER⁹⁹.
- (242) Le reti parallele di accordi verticali devono essere considerate simili se contengono lo stesso tipo di restrizioni che producono effetti simili sul mercato. Tali effetti cumulativi possono, ad esempio, verificarsi in caso di esclusività condivisa o distribuzione selettiva, obblighi di parità o obblighi di non concorrenza. Per quanto riguarda la distribuzione selettiva, può esistere una situazione di reti parallele sufficientemente simili se, su un dato mercato, alcuni fornitori praticano un tipo di distribuzione selettiva puramente qualitativa, mentre altri fornitori praticano una distribuzione selettiva quantitativa, con effetti simili sul mercato. Tali effetti cumulativi possono verificarsi anche quando su un dato mercato, reti di distribuzione selettiva parallele applicano criteri qualitativi che precludono il mercato a distributori. In tali circostanze la valutazione deve tenere conto degli effetti anticoncorrenziali attribuibili a ogni singola rete di accordi. Se del caso, la revoca del beneficio del VBER può essere limitata a particolari criteri qualitativi o quantitativi che, ad esempio, limitano il numero di distributori autorizzati.
- (243) La responsabilità per gli effetti cumulativi anticoncorrenziali può essere attribuita solo a quelle imprese che vi contribuiscono in misura significativa. Gli accordi conclusi da imprese il cui contributo all'effetto cumulativo è insignificante non ricadono nel divieto sancito dall'articolo 101, paragrafo 1¹⁰⁰ e non sono pertanto soggetti al meccanismo di revoca¹⁰¹.
- (244) A norma dell'articolo 29, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003, la Commissione può revocare il beneficio del VBER agendo d'ufficio o in seguito a denuncia. Questo comprende la possibilità per le autorità nazionali garanti della concorrenza di chiedere alla Commissione di revocare il beneficio del VBER in uno specifico caso, fatta salva l'applicazione delle norme in materia di attribuzione dei casi e assistenza nell'ambito della rete europea della concorrenza (REC)¹⁰² e fermo

⁹⁹ Un effetto cumulativo di preclusione è comunque improbabile se le reti parallele di accordi verticali coprono meno del 30 % del mercato rilevante, cfr. la comunicazione "de minimis", punto 10.

¹⁰⁰ In linea generale si ritiene che fornitori o distributori individuali la cui quota di mercato non superi il 5 % non contribuiscano in misura significativa all'effetto cumulativo di preclusione (cfr. la comunicazione "de minimis", punto 10, e la sentenza nella causa C-234/89, *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, EU:C:1991:91, punti da 24 a 27).

¹⁰¹ La valutazione di tale contributo sarà effettuata a norma dei criteri indicati nella politica di applicazione della normativa nei casi individuali di cui alla sezione 8 dei presenti orientamenti.

¹⁰² Cfr. capitolo IV del regolamento (CE) n. 1/2003.

restando il loro potere di revoca a norma dell'articolo 29, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003. Se almeno tre autorità nazionali garanti della concorrenza chiedono alla Commissione di applicare l'articolo 29, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003 in uno specifico caso, la Commissione ne discuterà nel quadro della REC nell'intento di decidere se revocare o meno il beneficio del VBER. In tale contesto, la Commissione terrà in massima considerazione i pareri delle autorità nazionali garanti della concorrenza che hanno chiesto di revocare il beneficio del VBER per giungere a una conclusione tempestiva sul fatto che le condizioni per una revoca nel caso specifico siano o meno soddisfatte.

- (245) Dall'articolo 29, paragrafi 1 e 2, del regolamento (CE) n. 1/2003 risulta che la Commissione ha la competenza esclusiva di revoca a livello dell'Unione, in quanto può revocare il beneficio del VBER rispetto ad accordi verticali che limitano la concorrenza su un mercato geografico rilevante più vasto del territorio di un singolo Stato membro, mentre le autorità nazionali garanti della concorrenza possono revocare tale beneficio solo in relazione al territorio del rispettivo Stato membro.
- (246) Il potere di revoca di una singola autorità nazionale garante della concorrenza si riferisce quindi ai casi in cui il mercato rilevante riguarda un unico Stato membro o una regione ubicata esclusivamente nel rispettivo Stato membro. In tal caso, l'autorità nazionale garante della concorrenza dello Stato membro interessato è competente per revocare il beneficio del VBER in relazione all'accordo verticale che produce effetti incompatibili con l'articolo 101, paragrafo 3, su tale mercato nazionale o regionale. Si tratta di una competenza concorrente, in quanto l'articolo 29, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003 conferisce anche alla Commissione il potere di revocare il beneficio del VBER in relazione a un mercato nazionale o regionale, purché l'accordo verticale in questione possa pregiudicare il commercio tra Stati membri.
- (247) Laddove siano interessati vari mercati nazionali o regionali distinti, diverse autorità nazionali garanti della concorrenza competenti possono revocare il beneficio del VBER in parallelo.
- (248) Dalla formulazione dell'articolo 29, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003 si deduce che, qualora proceda alla revoca del beneficio del VBER, la Commissione ha l'onere di dimostrare innanzi tutto che il VBER si applica al rispettivo accordo verticale, ossia deve rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1¹⁰³, e in secondo luogo che l'accordo ha effetti che sono incompatibili con l'articolo 101, paragrafo 3, ossia non soddisfa almeno una delle quattro condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3¹⁰⁴. A norma dell'articolo 29, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003, si applicano gli stessi requisiti se un'autorità nazionale garante della concorrenza revoca il beneficio del VBER in relazione al proprio Stato membro. Per quanto riguarda in particolare l'onere di dimostrare il rispetto del secondo requisito, l'articolo 29 dispone che l'autorità nazionale garante della

¹⁰³ Se un accordo verticale non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, come indicato nella sezione 3 dei presenti orientamenti, la questione dell'applicazione del VBER non si presenta, perché il VBER è inteso a definire categorie di accordi verticali che di norma soddisfano le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, che presuppone che un accordo verticale rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1 (cfr. il riferimento esplicito nell'articolo 101, paragrafo 3, ad accordi, decisioni e pratiche concordate, come pure nell'articolo 101, paragrafo 1).

¹⁰⁴ È sufficiente che la Commissione dimostri che una delle quattro condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, non è soddisfatta, perché ai fini dell'esenzione di cui all'articolo 101, paragrafo 3, devono essere rispettate tutte e quattro le condizioni.

concorrenza competente provi che almeno una delle quattro condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3, non è soddisfatta¹⁰⁵.

- (249) Se i requisiti di cui all'articolo 29, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003 sono soddisfatti, la Commissione può revocare il beneficio del VBER in un caso individuale. Tale revoca e i relativi requisiti indicati ai punti precedenti devono essere distinti dalle constatazioni contenute in una decisione della Commissione a norma del capitolo III del regolamento (CE) n. 1/2003. Una revoca può comunque essere combinata, ad esempio, con la constatazione di un'infrazione e l'imposizione di un rimedio, e anche con misure cautelari, come avvenuto in precedenti decisioni della Commissione¹⁰⁶.
- (250) Qualora proceda alla revoca del beneficio del VBER a norma dell'articolo 29, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003, la Commissione deve tenere conto del fatto che la revoca può avere solo effetti ex nunc, ossia che l'esenzione degli accordi interessati rimarrà valida fino alla data in cui la revoca diventa efficace. Nel caso di una revoca a norma dell'articolo 29, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003, le autorità nazionali garanti della concorrenza interessate devono tenere conto anche dei rispettivi obblighi a norma dell'articolo 11, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 1/2003, in particolare di fornire alla Commissione un'eventuale decisione prevista.

7.2. Regolamento che dichiara che il VBER non si applica (articolo 6 VBER)

- (251) Conformemente all'articolo 1 bis del regolamento di abilitazione, l'articolo 6 VBER stabilisce che la Commissione può, mediante regolamento, escludere dall'ambito di applicazione del VBER le reti parallele di restrizioni verticali simili, qualora esse coprano più del 50 % di un mercato rilevante. Tale misura non è rivolta a singole imprese, bensì riguarda tutte le imprese i cui accordi soddisfano le condizioni contenute in un regolamento di cui all'articolo 6 del VBER. Nel valutare la necessità di adottare un simile regolamento, la Commissione giudicherà se una revoca individuale possa essere una soluzione più appropriata. Il numero di imprese concorrenti che contribuiscono a un effetto cumulativo su un dato mercato o il numero dei mercati geografici interessati all'interno dell'Unione sono due aspetti particolarmente rilevanti in questa valutazione.
- (252) La Commissione prenderà in considerazione l'adozione di un regolamento a norma dell'articolo 6 VBER se restrizioni simili che coprono oltre il 50 % del mercato rilevante potrebbero limitare sensibilmente l'accesso al mercato o la concorrenza al suo interno. Questo vale in particolare quando reti parallele di distribuzione selettiva

¹⁰⁵ Il requisito a norma dell'articolo 29 del regolamento (CE) n. 1/2003 concernente l'onere della prova a carico della competente autorità garante della concorrenza si riferisce alla situazione in cui il VBER non si applica e un'impresa invoca l'articolo 101, paragrafo 3, in un caso individuale. In tale situazione all'impresa incombe l'onere, a norma dell'articolo 2 del regolamento (CE) n. 1/2003, di provare che tutte e quattro le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3, sono soddisfatte. A tale proposito è tenuta a comprovare le sue affermazioni (cfr. ad esempio la decisione della Commissione in AT.39226 *Lundbeck*, confermata dalle sentenze nella causa T-472/13, *Lundbeck/Commissione*, EU:T:2016:449 e nella causa C-591/16 P, *Lundbeck/Commissione*).

¹⁰⁶ La Commissione si è avvalsa del suo potere di revocare il beneficio di un regolamento di esenzione per categoria applicabile in precedenza con le decisioni del 25 marzo 1992 (misure cautelari) e del 23 dicembre 1992 relative a un procedimento a norma dell'articolo 85 del trattato CEE nel caso V/34.072 – *Mars/Langnese e Schöller* confermate dalla sentenza nella causa C-279/95 P, *Langnese-Iglo/Commissione*, EU:C:1998:447, e con le decisioni del 4 dicembre 1991 (misure cautelari) e del 4 dicembre 1991 relative a un procedimento a norma dell'articolo 85 del trattato CEE nel caso IV/33.157 – *Eco System/Peugeot*.

che coprono più del 50 % di un mercato sono atte a precludere il mercato a causa di criteri di selezione che non sono necessari rispetto alla natura dei beni o servizi rilevanti o che praticano discriminazioni verso determinate forme di distribuzione di tali beni o servizi. Al fine di calcolare il tasso di copertura del mercato del 50 %, deve essere presa in considerazione ciascuna singola rete di accordi verticali contenenti restrizioni, o combinazione di restrizioni, aventi sul mercato effetti simili. L'articolo 6 VBER tuttavia non impone alla Commissione di intervenire ogniqualvolta sia superato il tasso di copertura del mercato del 50 %.

- (253) Un regolamento adottato a norma dell'articolo 6 VBER ha l'effetto di dichiarare inapplicabile il VBER rispetto alle restrizioni e ai mercati interessati e ripristinare pertanto la piena applicazione dell'articolo 101, paragrafi 1 e 3.
- (254) Qualsiasi regolamento di cui all'articolo 6 VBER deve indicare chiaramente il proprio ambito di applicazione. La Commissione deve pertanto definire, in primo luogo, il mercato rilevante del prodotto e il mercato geografico rilevante e, in secondo luogo, il tipo di restrizione verticale a cui il VBER non sarà più applicabile. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, la Commissione potrà modulare l'ambito di applicazione del regolamento in relazione al problema di concorrenza che essa intende affrontare. Ad esempio, mentre per stabilire il tasso di copertura del mercato del 50 % possono essere prese in considerazione tutte le reti parallele di accordi di monomarchismo, la Commissione può invece limitare l'ambito di applicazione di un regolamento adottato a norma dell'articolo 6 VBER agli obblighi di non concorrenza che superino una determinata durata. Gli accordi di durata minore o di natura meno restrittiva potranno quindi non esserne interessati, in considerazione del minor effetto di preclusione ad essi attribuibile. Analogamente, quando in un particolare mercato le imprese praticano la distribuzione selettiva in combinazione con ulteriori restrizioni, come obblighi di non concorrenza o imposizioni di volumi d'acquisto minimi, un regolamento adottato a norma dell'articolo 6 VBER può riguardare solo tali restrizioni supplementari. Se del caso, la Commissione può anche specificare il livello della quota di mercato che, nello specifico contesto, si ritiene non contribuisca significativamente a causare effetti cumulativi da parte di una singola impresa.
- (255) L'articolo 1 del regolamento di abilitazione stabilisce che un regolamento adottato a norma dell'articolo 6 VBER preveda un periodo transitorio non inferiore a sei mesi prima della sua applicazione. Questo periodo è inteso a consentire alle imprese interessate di adattare di conseguenza i propri accordi verticali.
- (256) Un regolamento adottato a norma dell'articolo 6 VBER non inciderà sulla validità dell'esenzione degli accordi interessati nel periodo precedente la data di applicazione dello stesso.

8. POLITICA DI APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA NEI CASI INDIVIDUALI

8.1. Quadro dell'analisi

- (257) Quando la "zona di sicurezza" istituita dal VBER non si applica a un accordo verticale, è importante esaminare se nel caso individuale l'accordo verticale rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, e in tal caso se le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, sono soddisfatte. A condizione che non contengano restrizioni della concorrenza per oggetto e, in particolare, restrizioni fondamentali della concorrenza, non si può presumere che gli accordi verticali che non beneficiano del VBER a causa del superamento delle soglie di quota di mercato rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, o non soddisfino

le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3. Tali accordi richiedono una valutazione individuale. Gli accordi che non contengono restrizioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, o che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, sono validi ed efficaci.

- (258) A norma dell'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003 le imprese non sono tenute a notificare un accordo verticale per beneficiare di un'esenzione individuale a titolo dell'articolo 101, paragrafo 3. Nel caso di un esame individuale da parte della Commissione, spetta a quest'ultima dimostrare che l'accordo in questione viola l'articolo 101, paragrafo 1. Incombe invece alle imprese che invocano l'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, dimostrare che le condizioni enunciate in tale disposizione sono soddisfatte. Qualora siano dimostrati probabili effetti anticoncorrenziali, le imprese potranno addurre prove degli effetti positivi dell'accordo in termini di efficienza e spiegare perché un dato sistema di distribuzione è indispensabile per apportare probabili benefici ai consumatori senza eliminare la concorrenza, prima che la Commissione decida se l'accordo soddisfa le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3.
- (259) Per valutare se un accordo verticale ha l'effetto di limitare la concorrenza sarà effettuato un confronto tra la situazione sul mercato rilevante, caratterizzata dalle restrizioni verticali esistenti, e la situazione che si avrebbe in mancanza delle restrizioni verticali contenute nell'accordo verticale. Nella valutazione dei casi individuali la Commissione prenderà in considerazione, se del caso, sia gli effetti reali che quelli probabili. Perché gli accordi verticali siano restrittivi per effetto occorre che pregiudichino la concorrenza effettiva o potenziale in misura tale che, con ragionevole probabilità, si possano prevedere effetti negativi sui prezzi, sulla produzione, sull'innovazione o sulla varietà o qualità dei beni e dei servizi offerti sul mercato rilevante. I probabili effetti negativi sulla concorrenza devono essere sensibili¹⁰⁷. Effetti anticoncorrenziali sensibili sono più probabili quando almeno una delle parti dell'accordo detenga o acquisisca un certo potere di mercato e l'accordo contribuisca a creare, mantenere o rafforzare tale potere di mercato, ovvero consenta alle parti dell'accordo di avvalersene. Il potere di mercato è la capacità di mantenere i prezzi ad un livello superiore al livello competitivo o di mantenere la produzione, in termini di quantità, di qualità e di varietà dei prodotti o di innovazione, ad un livello inferiore al livello competitivo per un periodo di tempo non trascurabile. Il grado di potere di mercato richiesto di norma per constatare una violazione ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, è inferiore al grado di potere di mercato richiesto per constatare una posizione dominante ai sensi dell'articolo 102.

8.1.1. Fattori pertinenti per la valutazione a titolo dell'articolo 101, paragrafo 1

- (260) Per la valutazione di accordi verticali individuali tra imprese con quote di mercato superiori alla soglia del 30 %, la Commissione effettuerà un'approfondita analisi sotto il profilo della concorrenza. Per stabilire se un accordo verticale comporti una restrizione sensibile della concorrenza a titolo dell'articolo 101, paragrafo 1, sono particolarmente rilevanti i seguenti fattori:
- (a) la natura dell'accordo;
 - (b) la posizione di mercato delle parti;
 - (c) la posizione di mercato di concorrenti (a monte e a valle);

¹⁰⁷ Cfr. la sezione 3.1. dei presenti orientamenti.

- (d) la posizione di mercato degli acquirenti dei beni o servizi oggetto del contratto;
 - (e) il livello della catena commerciale interessato;
 - (f) la natura del prodotto, e
 - (g) le dinamiche del mercato.
- (261) È possibile tenere conto anche di altri fattori, a seconda della loro pertinenza per la valutazione dell'accordo verticale in questione.
- (262) L'importanza dei singoli fattori può variare a seconda delle circostanze del caso. Ad esempio, il fatto che le parti detengano una quota di mercato elevata di solito è un buon indicatore dell'esistenza di un potere di mercato, ma nel caso in cui le barriere all'ingresso siano basse il potere di mercato può essere sufficientemente limitato da ingressi effettivi o potenziali. È quindi impossibile elaborare regole rigorose e di applicazione generale sull'importanza dei singoli fattori.
- (263) Gli accordi verticali possono assumere varie forme. È pertanto importante analizzare la natura dell'accordo in termini di restrizioni contenute, della loro durata e della percentuale delle vendite totali sul mercato (a valle) interessato da tali restrizioni. Può essere necessario andare al di là delle condizioni espresse dell'accordo. L'esistenza di restrizioni implicite può essere desunta dal modo in cui l'accordo è attuato dalle parti e dagli incentivi che ne derivano.
- (264) La posizione di mercato delle parti fornisce un'indicazione del grado dell'eventuale potere di mercato detenuto dal fornitore, dall'acquirente, o da entrambi. Quanto più è elevata la loro quota di mercato, tanto maggiore è probabile che sia il loro potere di mercato. Ciò vale in particolare quando la quota di mercato riflette vantaggi in termini di costi o altri vantaggi competitivi rispetto ai concorrenti. Tali vantaggi competitivi possono derivare ad esempio dal fatto di essere stato un pioniere sul mercato (avere il sito migliore ecc.), di detenere brevetti fondamentali o di avere una tecnologia superiore, di detenere il marchio leader o di avere una gamma superiore. Anche il grado di differenziazione del prodotto può essere un indicatore pertinente dell'esistenza di un potere di mercato.
- (265) È importante anche la posizione di mercato dei concorrenti. Quanto più forte è la posizione competitiva dei concorrenti e maggiore è il loro numero, tanto minore è il rischio che le parti siano in grado di esercitare individualmente un potere di mercato e di precludere il mercato ai concorrenti o indebolire la concorrenza. È inoltre rilevante considerare se esistono controstrategie efficaci e tempestive cui è probabile che i concorrenti ricorrano. Se tuttavia nel mercato è presente un numero piuttosto ridotto di imprese con una posizione di mercato simile (ad es. in termini di dimensioni, costi e potenziale di R&S), le restrizioni verticali possono aumentare il rischio di collusione. Quote di mercato fluttuanti o soggette a rapidi cambiamenti sono generalmente un'indicazione di intensa concorrenza.
- (266) La posizione di mercato dei clienti a valle delle parti dell'accordo fornisce un'indicazione del fatto che uno o più di tali clienti dispongano o meno del potere contrattuale dell'acquirente. Il primo indicatore del potere contrattuale dell'acquirente è la quota di mercato del cliente sul mercato degli acquisti. Tale quota rispecchia l'importanza della sua domanda agli occhi di possibili fornitori. Altri indicatori hanno per oggetto la posizione di mercato del cliente sul mercato della rivendita dove opera e includono caratteristiche quali un'ampia copertura geografica dei punti vendita, la detenzione di marchi propri, compresi i prodotti con marchio del distributore, e l'immagine del marchio presso i consumatori finali. In alcune circostanze, il potere

contrattuale dell'acquirente può evitare che i consumatori risultino danneggiati da un accordo verticale altrimenti problematico. Ciò vale in particolare quando clienti forti hanno la capacità e l'interesse a consentire l'accesso sul mercato di nuove fonti di approvvigionamento, nel caso di un incremento modesto ma permanente dei prezzi relativi.

- (267) L'esistenza di barriere all'ingresso è misurata in funzione della capacità delle imprese già insediate sul mercato di portare il loro prezzo al di sopra del livello concorrenziale senza provocare l'ingresso sul mercato di nuovi concorrenti. In generale le barriere all'ingresso si possono considerare basse quando è prevedibile che l'esercizio del potere di mercato degli operatori già esistenti sia ostacolato o eroso dall'ingresso probabile o effettivo di nuovi concorrenti nel giro di uno o due anni. Le barriere all'ingresso possono derivare da un'ampia varietà di fattori quali economie di scala e di gamma (compresi gli effetti di rete di imprese multilaterali), normative statali (soprattutto se istituiscono diritti esclusivi), aiuti di Stato, dazi sulle importazioni, diritti di proprietà intellettuale, proprietà di risorse la cui disponibilità è ridotta (a causa ad es. di limiti naturali), infrastrutture fondamentali, vantaggio del pioniere e fedeltà dei consumatori al marchio a seguito di una pubblicità incisiva per un certo periodo di tempo. Alcuni di questi fattori possono essere considerati come barriere all'ingresso, in particolare a seconda che comportino o meno costi irrecuperabili. Sono considerati costi irrecuperabili quelli che devono essere sostenuti per entrare od operare su un mercato, ma che non possono essere recuperati in caso di uscita dal mercato. I costi di pubblicità volti a rafforzare la fedeltà dei consumatori sono di norma costi irrecuperabili, a meno che un'impresa che esca dal mercato possa vendere il suo marchio o utilizzarlo altrove senza subire perdite. Quando i costi irrecuperabili per l'ingresso nel mercato sono elevati, la minaccia di subire, dopo l'ingresso, la concorrenza agguerrita degli operatori già presenti sul mercato può fungere da deterrente, poiché i potenziali nuovi concorrenti non possono giustificare il rischio di perdere i propri investimenti irrecuperabili. Barriere all'ingresso possono essere presenti solo al livello dei fornitori o degli acquirenti o ad entrambi i livelli.
- (268) Poiché in generale l'ingresso nel mercato impone almeno alcuni costi irrecuperabili, la concorrenza effettiva è in linea di massima più efficace e avrà un peso maggiore della concorrenza potenziale nella valutazione di un caso.
- (269) Anche le restrizioni verticali e l'integrazione verticale possono agire come barriera all'ingresso, rendendo l'accesso più difficile e precludendo il mercato ai concorrenti (potenziali). Ad esempio, un obbligo di non concorrenza che vincola i distributori a un fornitore può avere un notevole effetto di preclusione se l'istituzione di una rete di distribuzione propria imporrà costi irrecuperabili ad un potenziale nuovo operatore.
- (270) Il livello della catena commerciale è collegato alla distinzione tra beni e servizi intermedi e beni e servizi finali. I beni e i servizi intermedi sono venduti alle imprese perché esse li utilizzino come input per produrre altri beni o servizi e in linea di massima non sono riconoscibili nel bene o nel servizio finale. Gli acquirenti di beni o servizi intermedi sono generalmente ben informati, sono in grado di valutare la qualità e pertanto si affidano meno al marchio e all'immagine. I beni o servizi finali sono, direttamente o indirettamente, venduti ai consumatori finali, che spesso si affidano maggiormente al marchio e all'immagine.
- (271) Per i beni o servizi finali, la natura del prodotto incide ai fini della valutazione degli effetti potenzialmente negativi e positivi della restrizione verticale. Al fine di valutare gli effetti potenzialmente negativi, è importante stabilire se i beni o servizi

venduti sul mercato rilevante siano omogenei o eterogenei, se il prodotto sia costoso e assorba gran parte del bilancio del consumatore oppure se sia economico, e se il prodotto costituisca un acquisto una tantum o venga acquistato ripetutamente.

- (272) Le dinamiche del mercato devono essere valutate attentamente caso per caso. In alcuni mercati dinamici può darsi che i potenziali effetti negativi di determinate restrizioni verticali non rappresentino un problema, perché la concorrenza tra marchi di operatori dinamici e innovativi esercita una pressione sufficiente, ma in altri casi le restrizioni verticali possono concedere a un operatore già presente in un mercato dinamico un vantaggio competitivo duraturo e quindi comportare effetti a lungo termine sulla concorrenza. Questo può valere quando una restrizione verticale impedisce ai concorrenti di beneficiare di effetti di rete o quando un mercato è incline alla perdita di equilibrio.
- (273) Nel valutare una particolare restrizione verticale a titolo dell'articolo 101 è possibile che si debba tenere conto anche di altri fattori. Questi ultimi possono includere l'effetto cumulativo derivante dalla presenza sul mercato di accordi simili di altri fornitori, il fatto che l'accordo sia "imposto", nel senso che una parte è maggiormente soggetta a restrizioni o obblighi, o "concordato", nel senso che entrambe le parti accettano restrizioni o obblighi, il quadro normativo e gli eventuali comportamenti che possono indicare o agevolare la collusione quali la leadership di prezzo, le modifiche di prezzo preannunciate e le discussioni sul prezzo, la rigidità dei prezzi a fronte di una capacità in eccesso, la discriminazione mediante differenziazione dei prezzi e comportamenti collusivi passati.

8.1.2. *Fattori pertinenti per la valutazione a titolo dell'articolo 101, paragrafo 3*

- (274) Gli accordi verticali restrittivi possono produrre anche effetti favorevoli alla concorrenza sotto forma di vantaggi in termini di efficienza che possono superare gli effetti anticoncorrenziali. La valutazione di tali effetti è condotta nel quadro dell'articolo 101, paragrafo 3, che prevede un'unica eccezione al divieto di cui all'articolo 101, paragrafo 1. Affinché tale eccezione sia applicabile, l'accordo verticale deve soddisfare le quattro condizioni che seguono: i) l'accordo deve produrre benefici economici oggettivi, ii) le restrizioni della concorrenza devono essere indispensabili per la realizzazione degli incrementi di efficienza, iii) ai consumatori deve essere riservata una congrua parte degli incrementi di efficienza e iv) l'accordo non deve dare alle parti la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi¹⁰⁸.
- (275) La valutazione degli accordi verticali alla luce dell'articolo 101, paragrafo 3, viene effettuata tenendo conto del contesto reale in cui si inseriscono¹⁰⁹ e sulla base della situazione di fatto esistente in un determinato momento. La valutazione tiene conto dei cambiamenti importanti relativi a tale situazione. L'eccezione di cui all'articolo 101, paragrafo 3, si applica fintantoché sono soddisfatte le quattro condizioni e cessa di applicarsi quando tale situazione viene meno¹¹⁰. Quando si applica l'articolo 101, paragrafo 3, conformemente a questi principi, è necessario

¹⁰⁸ Cfr. la comunicazione della Commissione - Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato (GU C 101 del 27.4.2004, pag. 97).

¹⁰⁹ Cfr. la sentenza nelle cause riunite C-25/84 e C-26/84, *Ford*, EU:C:1985:340, punti 24 e 25.

¹¹⁰ Cfr. a tale riguardo, ad esempio, la decisione 1999/242/CE della Commissione (caso IV/36.237 - *TPS*), (GU L 90 del 2.4.1999, pag. 6). Analogamente, anche il divieto di cui all'articolo 101, paragrafo 1, si applica solo fintantoché l'accordo ha per oggetto o per effetto una restrizione della concorrenza.

tenere conto degli investimenti effettuati dalle parti dell'accordo, nonché del tempo e delle restrizioni necessari per realizzare e recuperare un investimento destinato ad aumentare l'efficienza di un'impresa.

- (276) La prima condizione dell'articolo 101, paragrafo 3, richiede una valutazione dei benefici oggettivi prodotti dall'accordo verticale in termini di incrementi di efficienza. A tale riguardo, gli accordi verticali hanno spesso il potenziale di contribuire a conseguire vantaggi in termini di efficienza, come illustrato nella sezione 2.1 dei presenti orientamenti, migliorando il modo in cui le parti svolgono le loro attività complementari.
- (277) Nel valutare il criterio relativo al carattere indispensabile, contenuto nella seconda condizione dell'articolo 101, paragrafo 3, la Commissione esaminerà in particolare se le singole restrizioni consentano di effettuare la produzione, l'acquisto e/o la (ri)vendita dei prodotti oggetto del contratto in maniera più efficiente di quanto sarebbe stato possibile senza ricorrere alla restrizione di cui trattasi. Nell'effettuare tale valutazione, devono essere prese in considerazione le condizioni del mercato e le realtà in cui operano le parti dell'accordo. Le imprese che invocano il beneficio dell'articolo 101, paragrafo 3, non sono tenute a prendere in considerazione alternative ipotetiche e teoriche. Esse devono tuttavia spiegare e dimostrare per quale motivo alternative apparentemente realistiche e molto meno restrittive non produrrebbero gli stessi vantaggi in termini di efficienza. Se l'applicazione di quella che, sotto il profilo commerciale, sembra un'alternativa realistica e meno restrittiva determinerebbe una significativa perdita di efficienza, la restrizione in questione è considerata indispensabile.
- (278) La terza condizione dell'articolo 101, paragrafo 3, richiede che ai consumatori debba essere riservata una congrua parte dei benefici. Questo implica che i consumatori dei beni o servizi acquistati e/o (ri)venduti alle condizioni dell'accordo verticale devono quanto meno essere compensati degli effetti negativi dell'accordo¹¹¹. In altre parole, gli incrementi di efficienza devono compensare integralmente le possibili ripercussioni negative dell'accordo verticale sui prezzi, sulla produzione e su altri fattori rilevanti.
- (279) La quarta condizione dell'articolo 101, paragrafo 3, richiede che l'accordo verticale non deve dare alle parti dell'accordo la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei beni o dei servizi di cui trattasi. Ciò presuppone un'analisi delle pressioni concorrenziali restanti sul mercato e delle ripercussioni dell'accordo su tali fonti di concorrenza. Nel valutare tale condizione, si deve tenere conto della relazione tra l'articolo 101, paragrafo 3, e l'articolo 102. Conformemente a una giurisprudenza costante, l'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, non pregiudica l'applicazione dell'articolo 102¹¹². Poiché inoltre gli articoli 101 e 102 perseguono entrambi l'obiettivo di mantenere una concorrenza effettiva sul mercato, si deve per coerenza ritenere che l'articolo 101, paragrafo 3, precluda l'applicazione di tale

¹¹¹ Cfr. il punto 85 della comunicazione della Commissione - Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato (GU C 101 del 27.4.2004, pag. 97).

¹¹² Cfr. la sentenza nelle cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritimes Belge*, EU:C:2000:132, punto 130. Analogamente l'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, non pregiudica l'applicazione delle norme del trattato in materia di libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali. Tali disposizioni si applicano in determinate circostanze agli accordi, alle decisioni e alle pratiche concordate di cui all'articolo 101, paragrafo 1. Cfr. in proposito *Wouters*, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, punto 120.

eccezione agli accordi verticali restrittivi che costituiscono un abuso di posizione dominante¹¹³. Tale condizione richiede che l'accordo verticale non debba sopprimere la concorrenza effettiva, eliminando tutte le fonti esistenti di concorrenza reale o potenziale o la maggior parte di esse. La rivalità tra imprese è uno stimolo essenziale di efficienze economiche, quali le efficienze dinamiche sotto forma di innovazione. In sua assenza l'impresa dominante non avrà incentivi adeguati per continuare a creare e trasferire gli incrementi di efficienza. Un accordo restrittivo che mantenga, crei o rafforzi una posizione di mercato che si avvicina a quella di monopolio non può di norma essere giustificato per il fatto che crea anche incrementi di efficienza.

8.2. Analisi di restrizioni verticali specifiche

(280) Mentre le parti precedenti dei presenti orientamenti, in particolare la parte 6, includono indicazioni sulla valutazione delle restrizioni verticali che equivalgono a restrizioni fondamentali ai sensi dell'articolo 4 VBER, delle restrizioni escluse ai sensi dell'articolo 5 VBER e delle restrizioni connesse, i punti seguenti forniscono indicazioni su altre specifiche restrizioni verticali. Per quanto riguarda le restrizioni verticali che non sono specificamente affrontate nei presenti orientamenti, la Commissione tratterà tali restrizioni verticali conformemente agli stessi principi, tenendo conto dei fattori pertinenti di cui a questa parte 8 dei presenti orientamenti.

8.2.1. Monomarchismo

(281) La denominazione "monomarchismo" raggruppa gli accordi la cui principale caratteristica è che l'acquirente è costretto o indotto a concentrare gli ordini di un particolare tipo di prodotto presso un unico fornitore. Questo obbligo comprende tra l'altro gli obblighi di non concorrenza e l'imposizione di quantità minime di acquisto. Un accordo di non concorrenza si basa su un sistema di obblighi o incentivi che induce l'acquirente ad acquistare presso un unico fornitore più dell'80 % del suo fabbisogno su un determinato mercato. Ciò non significa che l'acquirente possa soltanto comperare direttamente dal fornitore, bensì che egli di fatto non compererà e rivenderà o utilizzerà come componenti beni o servizi concorrenti. L'imposizione di volumi di acquisto è una forma più leggera di divieto di concorrenza e consiste in un sistema di obblighi o incentivi pattuito tra fornitore e acquirente in base al quale quest'ultimo concentra in misura significativa i propri acquisti presso un unico fornitore. L'imposizione di volumi di acquisto può ad esempio assumere la forma di obblighi di quantitativi minimi di acquisto, di richieste relative al magazzino o di applicazione di prezzi non lineari, quali sistemi di sconti condizionati e listini composti di due parti (una commissione fissa e un prezzo per unità). È prevedibile che la cosiddetta "clausola inglese", che prescrive all'acquirente di riferire al fornitore eventuali offerte migliori e gli consente di accettare tali offerte solo quando il fornitore non può eguagliarle, abbia lo stesso effetto di un obbligo di monomarchismo specialmente quando l'acquirente deve rivelare chi fa l'offerta migliore.

(282) I possibili rischi per la concorrenza del monomarchismo sono la preclusione del mercato ai fornitori concorrenti e ai fornitori potenziali, l'indebolimento della concorrenza e l'agevolazione della collusione tra i fornitori in caso di uso cumulativo e, qualora l'acquirente sia un dettagliante che vende ai consumatori finali, una perdita

¹¹³ Cfr. a questo riguardo la sentenza nella causa T-51/89, *Tetra Pak (I)*, EU:T:1990:41. Cfr. inoltre il punto 106 della comunicazione della Commissione "Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato" (GU C 101 del 27.4.2004, pag. 97).

della concorrenza tra marchi all'interno dei punti vendita. Tutti questi effetti restrittivi hanno una conseguenza diretta per la concorrenza tra marchi.

- (283) Il monomarchismo è esentato in virtù del VBER se sia la quota di mercato del fornitore che quella dell'acquirente non superano il 30 % e a condizione che l'obbligo di non concorrenza non abbia una durata superiore ai cinque anni. Al di sopra della predetta soglia di quota di mercato o oltre il limite di cinque anni, gli accordi di monomarchismo non sono più coperti dall'esenzione per categoria e devono quindi essere valutati individualmente. La parte restante della presente sezione fornisce orientamenti per la valutazione dei casi individuali al di sopra della soglia di quota di mercato o oltre il limite di cinque anni.
- (284) Gli obblighi di monomarchismo di un fornitore specifico possono in particolare determinare una preclusione anticoncorrenziale quando, in mancanza di detti obblighi, sia esercitata una considerevole pressione concorrenziale da parte dei concorrenti che non erano ancora presenti nel mercato al momento della conclusione dei relativi accordi o che non sono in grado di competere per soddisfare interamente il fabbisogno dei clienti. I concorrenti possono non essere in grado di competere per l'intero fabbisogno di un singolo cliente perché il fornitore in questione è un partner commerciale inevitabile almeno per una parte della domanda sul mercato, ad esempio perché il suo marchio incontra le preferenze di molti consumatori finali e quindi deve necessariamente essere in stock o perché le pressioni in termini di capacità sugli altri fornitori sono tali che una parte della domanda può essere soddisfatta soltanto dal fornitore in questione¹¹⁴. La posizione di mercato del fornitore è pertanto di grande importanza per valutare possibili effetti anticoncorrenziali di un obbligo di monomarchismo.
- (285) Se i concorrenti possono competere a pari condizioni per l'intero fabbisogno di ogni singolo cliente, è in genere improbabile che gli obblighi di monomarchismo di un fornitore specifico ostacolino la concorrenza effettiva, a meno che il passaggio dei clienti ad un altro fornitore non sia reso difficile dalla durata e dalla copertura di mercato degli obblighi di monomarchismo. Quanto più è elevata la parte della sua quota di mercato corrispondente alle vendite effettuate mediante l'applicazione di un obbligo di monomarchismo e/o più lunga è la durata degli obblighi di monomarchismo, tanto più si presume sia significativo l'effetto di preclusione. In linea di massima si considera che gli obblighi di monomarchismo di durata inferiore ad un anno conclusi da imprese che non detengono una posizione dominante non diano luogo ad effetti anticoncorrenziali o effetti negativi netti significativi. Per gli obblighi di monomarchismo di durata compresa tra uno e cinque anni assunti da imprese che non detengono una posizione dominante è necessario di solito un adeguato equilibrio di effetti pro- e anti-concorrenziali, mentre nel caso di obblighi di monomarchismo aventi una durata superiore ai cinque anni non si ritiene che per la maggior parte degli investimenti tale durata sia necessaria per ottenere i vantaggi in termini di efficienza conclamati o che i vantaggi possano compensare il loro effetto di preclusione. È più probabile che gli obblighi di monomarchismo determinino una preclusione anticoncorrenziale quando sono concordati da imprese dominanti.
- (286) Per valutare il potere di mercato del fornitore, è importante prendere in considerazione la posizione di mercato dei suoi concorrenti. Se i concorrenti sono sufficientemente numerosi e forti, sono improbabili effetti anticoncorrenziali

¹¹⁴

Sentenza nella causa T-65/98, *Van den Bergh Foods/Commissione*, EU:T:2003:281, punti 104 e 156.

significativi. Non è invece molto probabile che i concorrenti vengano esclusi se essi detengono posizioni di mercato analoghe e possono offrire prodotti simili di qualità equivalente. In tal caso tuttavia può verificarsi la preclusione del mercato ai nuovi operatori potenziali se più fornitori importanti concludono accordi di monomarchismo con un numero significativo di acquirenti nel mercato rilevante (situazione di effetto cumulativo). In questa situazione inoltre gli accordi di monomarchismo possono agevolare la collusione tra fornitori concorrenti. Se questi fornitori sono individualmente ammessi al beneficio del VBER, potrebbe essere necessario revocare l'esenzione per far fronte al problema dell'effetto cumulativo. In linea generale si ritiene che una quota di mercato vincolata inferiore al 5 % non contribuisca in misura significativa all'effetto cumulativo di preclusione.

- (287) Nei casi in cui la quota di mercato del fornitore maggiore non supera il 30 % e la quota di mercato dei cinque maggiori fornitori non supera il 50 % è improbabile che si verifichi un effetto anticoncorrenziale individuale o cumulativo. Se un nuovo concorrente potenziale non può entrare nel mercato ottenendo un profitto, ciò è probabilmente dovuto a fattori diversi dagli obblighi di monomarchismo, quali ad esempio le preferenze dei consumatori.
- (288) Le barriere all'ingresso sono importanti per stabilire se vi sia una preclusione anticoncorrenziale. Nella misura in cui è relativamente facile per i fornitori concorrenti creare la propria rete di distribuzione integrata o trovare distributori alternativi per il loro prodotto, è improbabile che vi sia un problema reale di preclusione dal mercato. Le barriere all'ingresso sono tuttavia frequenti, a livello sia della produzione sia della distribuzione.
- (289) Il potere dell'acquirente è rilevante in quanto acquirenti importanti difficilmente tollereranno di essere privati della possibilità di rifornirsi di prodotti o servizi concorrenti. Più in generale, onde convincere i clienti ad accettare il monomarchismo, il fornitore può doverli compensare, interamente o in parte, della perdita in concorrenza derivante dall'esclusività. Qualora tale compensazione venga concessa, può essere nell'interesse individuale del cliente accettare un obbligo di monomarchismo con il fornitore. Sarebbe tuttavia errato concludere in base a questo che tutti gli obblighi di monomarchismo, considerati nel loro insieme, sono complessivamente vantaggiosi per i clienti in tale mercato e per i consumatori finali. In particolare è improbabile che i consumatori ne beneficino nel loro insieme se esistono molti clienti e l'effetto degli obblighi di monomarchismo, nel loro insieme, è di impedire l'ingresso o l'espansione sul mercato di imprese concorrenti.
- (290) Infine è rilevante il "livello della catena commerciale". La preclusione è meno probabile nel caso di un prodotto intermedio. Quando il fornitore di un prodotto intermedio non ha una posizione dominante, una parte considerevole della domanda continua ad essere "disponibile" per i concorrenti. Al di sotto del livello di posizione dominante si può tuttavia verificare un effetto di preclusione anticoncorrenziale in una situazione di effetto cumulativo. È improbabile che si verifichi un effetto cumulativo se è vincolato meno del 50 % del mercato.
- (291) Se l'accordo riguarda la fornitura di un prodotto finale a livello del commercio all'ingrosso, la probabilità che insorga un problema di concorrenza dipende in gran parte dal tipo di vendita all'ingrosso e dalle barriere all'ingresso su tale mercato. Se i produttori concorrenti possono facilmente istituire un proprio sistema di vendita all'ingrosso non sussiste un rischio reale di preclusione. Le barriere all'ingresso sono più o meno basse in funzione del tipo di sistema di vendita all'ingrosso che il

fornitore è in grado di istituire in modo efficace. In un mercato in cui la vendita all'ingrosso può operare in modo efficace trattando soltanto il prodotto oggetto dell'accordo (ad esempio gelati), il produttore ha interesse ad avviare un proprio sistema di vendita all'ingrosso ed è improbabile che sia escluso da tale mercato. Per contro in un mercato in cui è più economico vendere all'ingrosso un'intera gamma di prodotti (ad esempio prodotti congelati), per un produttore che vende un unico prodotto non risulta economico avviare una propria organizzazione di vendita all'ingrosso. Senza accesso a grossisti affermati, il produttore potrebbe essere escluso da tale mercato. In tal caso possono insorgere effetti anticoncorrenziali. Inoltre problemi dovuti a un effetto cumulativo possono insorgere quando diversi fornitori vincolano la maggior parte dei grossisti disponibili.

- (292) Per quanto riguarda i prodotti finali, in linea di massima è più probabile che un fenomeno di preclusione si verifichi a livello del commercio al dettaglio, date le barriere significative che si frappongono alla costituzione, da parte dei produttori, di punti di vendita al dettaglio per i loro prodotti. Inoltre, a livello di dettaglianti, gli accordi di monomarchismo possono dare luogo ad una riduzione della concorrenza tra marchi all'interno dei punti vendita. Per le ragioni predette e considerati tutti gli altri fattori pertinenti, a livello di vendita al dettaglio possono insorgere effetti anticoncorrenziali significativi se un fornitore che non è in posizione dominante vincola una quota pari o superiore al 30 % del mercato rilevante. Nel caso di un'impresa in posizione dominante, anche una quota di mercato vincolata modesta può già dare luogo ad effetti anticoncorrenziali significativi.
- (293) Anche al livello della vendita al dettaglio potrebbe verificarsi un effetto di preclusione cumulativo. Quando tutti i fornitori hanno quote di mercato inferiori al 30 % è improbabile che si verifichi un effetto cumulativo di preclusione anticoncorrenziale se la quota di mercato vincolata totale è inferiore al 40 % e una revoca dell'esenzione per categoria è quindi improbabile. Tale valore può essere più elevato quando si prendono in considerazione altri fattori quali il numero dei concorrenti, le barriere all'ingresso ecc. Quando non tutte le imprese detengono quote di mercato inferiori alla soglia di cui al VBER, ma nessuna ha una posizione dominante, è improbabile un effetto cumulativo di preclusione anticoncorrenziale se la quota di mercato totale vincolata è inferiore al 30 %.
- (294) Se l'acquirente opera dai locali e terreni di proprietà del fornitore o da questi affittati presso terzi non collegati all'acquirente, la possibilità di imporre misure correttive efficaci a un eventuale effetto di preclusione risulterà limitata. In tal caso è improbabile un intervento da parte della Commissione al di sotto del livello di posizione dominante.
- (295) In taluni settori la vendita di più di un marchio in uno stesso locale può essere difficile nel qual caso un problema di preclusione può essere risolto limitando la durata effettiva dei contratti.
- (296) Qualora venga riscontrata l'esistenza di sensibili effetti anticoncorrenziali, sussiste la possibilità di un'esenzione ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3. Per gli obblighi di non concorrenza possono essere rilevanti soprattutto i vantaggi in termini di efficienza di cui al punto 14, lettera b) (parassitismo tra i fornitori), lettera e), lettera f) (problema della rinuncia all'investimento) e lettera i) (imperfezioni del mercato dei capitali), dei presenti orientamenti.
- (297) In caso di vantaggi in termini di efficienza quali quelli di cui al punto 14, lettere b), e) e i), dei presenti orientamenti, l'imposizione di volumi minimi di acquisto potrebbe

essere un'alternativa meno restrittiva. Un obbligo di non concorrenza potrebbe essere l'unica via praticabile per conseguire un vantaggio quale quello descritto al punto 14, lettera f), dei presenti orientamenti (problema della rinuncia all'investimento connesso al trasferimento di know-how).

- (298) Nel caso di un investimento specifico al rapporto contrattuale effettuato dal fornitore (cfr. il punto 14, lettera e), dei presenti orientamenti) un accordo di non concorrenza o di imposizione di quantitativi minimi di acquisti per il periodo di ammortamento degli investimenti soddisfa in linea generale le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3. Nel caso di elevati investimenti specifici al rapporto contrattuale può essere giustificato un obbligo di non concorrenza di durata superiore ai cinque anni. Un investimento specifico al rapporto contrattuale può essere rappresentato ad esempio dall'installazione o dall'adattamento di attrezzature che il fornitore possa utilizzare in seguito solo per produrre componenti per un particolare acquirente. Investimenti generali o specifici ad un mercato volti a creare capacità (supplementari) non costituiscono normalmente investimenti specifici al rapporto contrattuale. Tuttavia, se un fornitore installa nuove capacità specificatamente collegate alle attività di un particolare acquirente, come nel caso ad esempio di un'impresa produttrice di lattine metalliche che creasse nuove capacità per produrre lattine nei locali di un produttore di alimenti o nelle vicinanze del suo impianto di inscatolamento, le nuove capacità potrebbero essere economicamente redditizie solo per la produzione destinata a questo particolare cliente e in tal caso l'investimento dovrebbe essere considerato specifico al rapporto contrattuale.
- (299) Se il fornitore concede un prestito all'acquirente o gli fornisce attrezzature non specifiche al rapporto contrattuale, normalmente ciò non può essere di per sé sufficiente a giustificare l'esenzione in caso di effetto di preclusione anticoncorrenziale sul mercato. In caso di imperfezioni del mercato dei capitali, può risultare più efficiente che il prestito sia concesso dal fornitore di un prodotto piuttosto che da una banca (cfr. il punto 14, lettera i), dei presenti orientamenti). Tuttavia in un caso di questo genere il prestito dovrebbe essere fornito nel modo meno restrittivo possibile e all'acquirente non dovrebbe pertanto essere impedito, in linea generale, di porre fine a tale obbligo rimborsando la parte di prestito ancora in essere in qualsiasi momento e senza alcuna penale.
- (300) Il trasferimento di un know-how sostanziale (punto 14, lettera f), dei presenti orientamenti) giustifica solitamente un obbligo di non concorrenza per l'intera durata dell'accordo di fornitura, come ad esempio nel contesto del franchising.
- (301) Esempio di divieto di concorrenza

Il leader di un mercato nazionale di un prodotto di consumo d'impulso, che detiene una quota di mercato del 40 %, vende la maggior parte dei suoi prodotti (90 %) tramite dettaglianti vincolati (quota di mercato vincolata pari al 36 %). Gli accordi obbligano i dettaglianti a effettuare acquisti solo dal leader del mercato per un periodo minimo di quattro anni. Il leader del mercato è rappresentato in modo particolarmente forte nelle aree più densamente popolate quali la capitale. I 10 concorrenti, alcuni dei quali presenti solo localmente, hanno tutti quote di mercato inferiori, pari al massimo al 12 %. Tali 10 concorrenti vendono complessivamente un altro 10 % del mercato tramite punti vendita vincolati. Sul mercato vi è una forte differenziazione per marchi e prodotti. Il leader di mercato detiene i marchi più forti; è l'unico a realizzare regolarmente campagne pubblicitarie nazionali e fornisce ai

suoi dettaglianti vincolati banconi particolari per lo stoccaggio e la presentazione dei suoi prodotti.

Il risultato è che complessivamente il 46 % (36 % + 10 %) del mercato è precluso ai potenziali nuovi operatori e ai concorrenti esistenti che non dispongono di punti vendita vincolati. Per i nuovi operatori potenziali l'ingresso nel mercato è ancora più difficile proprio nelle aree densamente abitate, nelle quali vorrebbero di preferenza accedere al mercato e dove la preclusione è ancora più forte. Inoltre, data la forte differenziazione dei marchi e dei prodotti e gli elevati costi di ricerca in relazione al prezzo del prodotto, l'assenza di concorrenza tra marchi all'interno del punto vendita dà luogo a un'ulteriore perdita di benessere per i consumatori. Gli eventuali vantaggi in termini di efficienza derivanti dall'esclusività del punto vendita, che il leader di mercato afferma derivare da una riduzione dei costi di trasporto e un possibile problema di rinuncia all'investimento riguardante i banconi di stoccaggio e presentazione, sono limitati e non controbilanciano gli effetti negativi sulla concorrenza. I vantaggi in termini di efficienza sono limitati, in quanto i costi di trasporto sono funzione dei quantitativi e non dell'esclusività e i banconi di stoccaggio non contengono know-how particolare e non sono specifici al marchio. Pertanto è improbabile che sussistano le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3.

(302) Esempio di imposizione di quantitativi di acquisto

Un produttore X con una quota di mercato del 40 % vende l'80 % dei suoi prodotti tramite contratti che prevedono che il rivenditore sia tenuto ad acquistare almeno il 75 % del suo fabbisogno di quel tipo di prodotto da X. In cambio X offre finanziamenti ed attrezzature a tassi favorevoli. I contratti hanno una durata di cinque anni nel corso dei quali il rimborso del prestito è previsto con rate di pari importo. Dopo i primi due anni tuttavia gli acquirenti hanno la possibilità di risolvere il contratto con un preavviso di sei mesi se rimborsano il prestito ancora in essere e rilevano le attrezzature al valore di mercato. Al termine dei cinque anni le attrezzature diventano proprietà dell'acquirente. Dei 12 produttori concorrenti la maggior parte è di piccole dimensioni - il principale ha una quota di mercato del 20 % - ed essi hanno concluso contratti analoghi con durata diversa. I produttori aventi quote di mercato inferiori al 10 % hanno spesso contratti di durata maggiore e con clausole di risoluzione meno generose. I contratti del produttore X lasciano ai concorrenti la possibilità di soddisfare il 25 % del fabbisogno dell'esercizio. Negli ultimi tre anni due nuovi produttori sono entrati nel mercato e hanno acquisito una quota di mercato congiunta pari all'8 % circa, in parte rilevando i prestiti di vari rivenditori in contropartita della stipulazione di contratti.

La quota di mercato vincolata del produttore X è pari al 24 % ($0,75 \times 0,80 \times 40\%$). La quota di mercato vincolata degli altri produttori è pari al 25 % circa. Ne consegue che in totale circa il 49 % del mercato è precluso ai nuovi operatori potenziali e agli operatori esistenti che non dispongono di punti vendita vincolati almeno per i primi due anni dei contratti di fornitura. La situazione del mercato è tale che i rivenditori incontrano spesso difficoltà ad ottenere prestiti dalle banche e sono generalmente troppo piccoli per ottenere capitali per altre vie, ad esempio emettendo azioni. Il produttore X inoltre è in grado di dimostrare che concentrando le vendite presso un numero limitato di rivenditori realizza una migliore pianificazione delle vendite e una riduzione delle spese di trasporto. In considerazione, da un lato, dei vantaggi in termini di efficienza e, dall'altro, di quel 25 % non vincolato nei contratti del

produttore X, della possibilità reale di risolvere il contratto anticipatamente, del recente ingresso di nuovi produttori e del fatto che circa la metà dei rivenditori non è vincolata, è probabile che l'imposizione di un volume di acquisti minimo del 75 % da parte del produttore X soddisfi le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3.

8.2.2. *Accordi di fornitura esclusiva*

- (303) La fornitura esclusiva si riferisce a disposizioni che obbligano o inducono il fornitore a vendere i prodotti oggetto del contratto soltanto o principalmente a un unico acquirente, in generale o per un uso particolare. Si può trattare di un obbligo di fornitura esclusiva, che impone al fornitore di vendere a un unico acquirente a scopo di rivendita o per un uso particolare, ma anche ad esempio dell'imposizione di quantitativi minimi, con incentivi pattuiti tra un fornitore e un acquirente che spingono il fornitore a concentrare le proprie vendite essenzialmente su tale acquirente. La fornitura esclusiva nel caso di beni e servizi intermedi è spesso designata come fornitura industriale.
- (304) La fornitura esclusiva di clienti rientra nel VBER se né la quota di mercato del fornitore né quella dell'acquirente superano il 30 %, anche se combinate con ulteriori restrizioni verticali non fondamentali quali ad esempio l'obbligo di non concorrenza. La parte restante della presente sezione fornisce orientamenti per la valutazione degli accordi di fornitura esclusiva nei casi individuali.
- (305) Il principale effetto degli accordi di fornitura esclusiva è la preclusione anticoncorrenziale del mercato ad altri acquirenti. Vi è un'analogia con gli eventuali effetti della distribuzione esclusiva, in particolare quando il distributore esclusivo diventa l'acquirente esclusivo per un intero mercato (cfr. in particolare il punto 113 dei presenti orientamenti). La quota di mercato dell'acquirente nel mercato degli acquisti a monte costituisce ovviamente un fattore estremamente importante per valutare la capacità dell'acquirente di imporre accordi di fornitura esclusiva che precludono ad altri acquirenti l'accesso alla fornitura. Tuttavia il fattore più significativo per determinare se esista o meno un problema di concorrenza è la posizione dell'acquirente nel mercato a valle. Se l'acquirente non detiene potere di mercato a valle, non dovrebbero esserci gravi effetti negativi nei confronti dei consumatori. Si possono registrare effetti pregiudizievoli se la quota di mercato dell'acquirente sul mercato delle vendite a valle e sul mercato degli acquisti a monte è superiore al 30 %. Se la quota di mercato dell'acquirente nel mercato a monte non supera il 30 % possono comunque verificarsi notevoli effetti di preclusione soprattutto se la quota di mercato dell'acquirente nel mercato a valle supera il 30 % e la fornitura esclusiva riguarda un uso particolare dei prodotti oggetto del contratto. Nel caso di un'impresa con una posizione dominante nel mercato a valle, qualsiasi obbligo di fornire i prodotti esclusivamente o principalmente all'acquirente in posizione dominante potrebbe avere effetti anticoncorrenziali significativi.
- (306) Ai fini della valutazione, non è solo la posizione di mercato dell'acquirente nel mercato a valle e a monte ad essere rilevante, bensì anche la portata e la durata dell'obbligo contenuto negli accordi di fornitura esclusiva. Quanto maggiore è la quota di fornitura vincolata e più lunga la durata dell'obbligo contenuto negli accordi di fornitura esclusiva, tanto più grave sarà l'effetto di preclusione. Gli accordi di fornitura esclusiva di durata inferiore a cinque anni, stipulati da imprese che non hanno una posizione dominante richiedono, di norma, una valutazione degli effetti pro- e anticoncorrenziali, mentre si ritiene che accordi di durata superiore a cinque anni non siano necessari, per la maggior parte dei tipi d'investimento, per produrre i

vantaggi di efficienza conclamati o non siano sufficienti a compensare l'effetto di preclusione causato da tali accordi di fornitura esclusiva di lunga durata.

- (307) La posizione di mercato degli acquirenti concorrenti nel mercato a monte è altresì un fattore importante, in quanto è probabile che un accordo di fornitura esclusiva causi la preclusione degli acquirenti concorrenti per motivi anticoncorrenziali, come un aumento dei loro costi, in particolare se le loro dimensioni sono notevolmente inferiori a quelle dell'acquirente che ne è la causa. È poco probabile che si verifichi un'esclusione di acquirenti concorrenti se essi hanno un potere d'acquisto simile a quello della parte acquirente dell'accordo e sono in grado di offrire ai fornitori possibilità di vendita analoghe. In tal caso potrebbe esserci preclusione solo nei confronti di nuovi operatori potenziali, i quali non sarebbero in grado di approvvigionarsi se alcuni acquirenti importanti stipulano accordi di fornitura esclusiva con la maggioranza dei fornitori sul mercato. Tale effetto cumulativo può giustificare la revoca del beneficio del VBER.
- (308) L'esistenza di barriere all'ingresso a livello dei fornitori e le loro dimensioni sono un fattore rilevante per determinare se esista una vera preclusione. Nella misura in cui per gli acquirenti concorrenti è efficiente procurarsi i beni o i servizi tramite un'integrazione verticale a monte, la preclusione non dovrebbe creare problemi reali. Tuttavia esistono spesso barriere significative all'ingresso sul mercato.
- (309) Anche il contropotere negoziale dei fornitori dovrebbe essere tenuto in considerazione, in quanto i fornitori importanti non consentiranno facilmente che un acquirente li costringa a rinunciare ad acquirenti alternativi. La preclusione è pertanto soprattutto un rischio nell'ipotesi di fornitori deboli e di acquirenti forti. Nell'ipotesi di fornitori forti, l'accordo di fornitura esclusiva può essere combinato con una clausola di non concorrenza. A tale combinazione si applicano i criteri sviluppati per il monomarchismo. Quando entrambe le parti hanno fatto investimenti che sono specifici al rapporto contrattuale (problema della rinuncia all'investimento), la combinazione degli accordi di fornitura esclusiva con l'obbligo di non concorrenza, vale a dire l'esclusiva reciproca in accordi di fornitura industriale, può spesso essere giustificata, in particolare al di sotto del livello di posizione dominante.
- (310) Infine il livello della catena commerciale e la natura dei prodotti sono fattori rilevanti per valutare un eventuale effetto di preclusione. La preclusione anticoncorrenziale è meno probabile se il prodotto è intermedio e omogeneo. In primo luogo un produttore che sia stato escluso e che usa un determinato input è in genere in grado di rispondere in modo più flessibile alla domanda dei clienti rispetto ad un grossista/dettagliante che deve soddisfare la domanda del consumatore finale, per il quale i marchi possono avere un significato importante. In secondo luogo la perdita di una eventuale fonte di approvvigionamento è meno grave per gli acquirenti esclusi quando i prodotti sono omogenei rispetto a quando un prodotto è eterogeneo, con caratteristiche e qualità differenti. Nel caso di prodotti finali di marca o di prodotti intermedi differenziati, se esistono barriere all'accesso sul mercato, la fornitura esclusiva può causare sensibili effetti anticoncorrenziali qualora gli acquirenti concorrenti siano di dimensioni relativamente piccole rispetto all'acquirente della fornitura esclusiva, anche se quest'ultimo non ha una posizione dominante nel mercato a valle.
- (311) I vantaggi di efficienza sono probabili nel caso di un problema di rinuncia all'investimento (punto 14, lettere e) e f), dei presenti orientamenti), in maggiore misura per i prodotti intermedi che per quelli finali. Altri vantaggi in termini di

efficienza sono poco probabili. Eventuali economie di scala a livello di distribuzione (punto 14, lettera g), dei presenti orientamenti) non sembrano giustificare un accordo di fornitura esclusiva.

- (312) Nel caso di un problema di rinuncia all'investimento e ancora di più nel caso di economie di scala a livello di distribuzione, l'imposizione di vincoli quantitativi al fornitore, ad esempio di un obbligo di fornitura minima, potrebbe rappresentare un'alternativa meno restrittiva.

Esempio di fornitura esclusiva

Nel mercato di un determinato tipo di componenti (mercato di prodotti intermedi), il fornitore A decide, insieme all'acquirente B, di sviluppare una diversa versione del componente, sfruttando il proprio know-how ed effettuando un ingente investimento in nuovi macchinari, avvalendosi di specificazioni fornite dall'acquirente B. B dovrà effettuare ingenti investimenti per incorporare il nuovo tipo di componente. L'accordo stipula che A fornirà il nuovo prodotto solo all'acquirente B sino alla scadenza di un periodo di cinque anni a decorrere dalla data del primo ingresso nel mercato. B ha l'obbligo di comprare il nuovo prodotto solo da A per tutta la durata del periodo di cinque anni. Sia A che B possono continuare rispettivamente a vendere e a comprare le altre versioni del componente altrove. La quota di mercato dell'acquirente B nel mercato dei componenti a monte, e nel mercato di beni finali a valle, è del 40 %. La quota di mercato del fornitore di componenti è del 35 %. Sul mercato esistono altri due fornitori di componenti che detengono una quota di mercato del 20-25 % circa, oltre ad una serie di fornitori di dimensioni più piccole.

L'accordo, a causa degli ingenti investimenti, soddisferà probabilmente le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, alla luce dei vantaggi in termini di efficienza e del limitato effetto di preclusione che esso produce. Agli altri acquirenti viene preclusa una particolare versione del prodotto di un fornitore che detiene il 35 % della quota di mercato, ma altri fornitori di componenti potrebbero sviluppare nuovi prodotti simili. La preclusione degli altri fornitori da una parte della domanda dell'acquirente B è limitata ad una quota massima del 40 % del mercato.

8.2.3. *Restrizioni sul ricorso ai mercati online*

- (313) I mercati online sono piattaforme online che mettono in contatto i commercianti e i potenziali clienti per consentire acquisti diretti. Ai fini dei presenti orientamenti, le piattaforme online che non offrono la funzionalità di acquisto diretto, ma reindirizzano i clienti ad altri siti web in cui è possibile acquistare beni e servizi, non sono considerate mercati online, bensì piattaforme pubblicitarie.
- (314) I mercati online sono diventati un importante canale di vendita per fornitori e rivenditori, consentendo loro l'accesso a un numero elevato di clienti e di utenti finali. I mercati online possono consentire ai rivenditori di avviare le vendite online con investimenti iniziali più bassi. Essi possono inoltre agevolare le vendite transfrontaliere e aumentare la visibilità dei dettaglianti, in particolare quelli di piccole e medie dimensioni, che non gestiscono un proprio negozio online o non sono molto conosciuti dagli utenti finali.

- (315) I fornitori possono decidere di limitare l'utilizzo dei mercati online da parte dei loro acquirenti¹¹⁵, ad esempio per proteggere l'immagine e il posizionamento del loro marchio, scoraggiare la vendita di prodotti contraffatti, assicurare sufficienti servizi pre-vendita e post-vendita o garantire che il rivenditore mantenga un rapporto diretto con i clienti. Le restrizioni possono variare da un divieto totale di utilizzo dei mercati online all'imposizione di determinati requisiti qualitativi che i mercati sono tenuti a soddisfare. Ad esempio i fornitori possono vietare l'utilizzo dei mercati in cui i prodotti sono venduti all'asta o possono richiedere agli acquirenti di utilizzare mercati specializzati, al fine di garantire determinati standard qualitativi per quanto riguarda l'ambiente e i parametri di vendita dei loro beni o servizi. Alcuni requisiti qualitativi possono di fatto vietare l'utilizzo dei mercati online, poiché nessun mercato online è in grado di soddisfare il requisito, ad esempio quando il fornitore richiede che il logo del mercato online non sia visibile o che il nome di dominio del sito web utilizzato dal rivenditore contenga la denominazione dell'impresa di quest'ultimo.
- (316) Una restrizione delle vendite sui mercati online in un accordo verticale rientra nell'ambito del VBER, se le quote di mercato di ciascun fornitore e dell'acquirente non superano il 30 % e l'accordo verticale non include restrizioni fondamentali o restrizioni escluse ai sensi del VBER che non possano essere separate dal resto dell'accordo verticale. Come enunciato all'articolo 1 VBER e alla sezione 6.1.2 dei presenti orientamenti, una restrizione o un divieto di vendita sui mercati online riguarda le modalità di vendita online dell'acquirente e non limita le vendite in un territorio specifico o a un gruppo di clienti specifico. Sebbene limiti il ricorso a un canale online specifico, l'acquirente continua a disporre di altri canali online¹¹⁶. Ad esempio, nonostante una restrizione o un divieto di vendita sui mercati online, l'acquirente può continuare a vendere i beni o servizi oggetto del contratto tramite il proprio sito web e ricorrere ai canali pubblicitari online per attirare i clienti sul proprio sito¹¹⁷.
- (317) Mentre qualsiasi restrizione delle vendite online che abbia direttamente o indirettamente per oggetto quello di impedire all'acquirente o ai suoi clienti di utilizzare efficacemente internet per vendere i propri beni o servizi online sia una restrizione fondamentale ai sensi dell'articolo 4, lettere da b) a d), VBER e una restrizione della concorrenza per oggetto ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, una restrizione sul ricorso ai mercati online può in genere beneficiare della "zona di sicurezza" del VBER. Come enunciato al punto 194, una restrizione sul ricorso ai mercati online non riguarda in genere un gruppo di utenti online che possa essere delimitato all'interno del gruppo di acquirenti online e non impone limitazioni all'acquirente rispetto alla vendita di beni o servizi oggetto del contratto tramite il proprio sito web o alla pubblicità, in determinate circostanze, via internet su piattaforme di terzi e all'utilizzo di motori di ricerca online per attirare clienti sul proprio sito e pertanto non costituisce una restrizione fondamentale ai sensi dell'articolo 4, lettere da b) a d), VBER, nella misura in cui non impedisce agli acquirenti o ai loro clienti di utilizzare di fatto internet per la vendita online.

¹¹⁵ "Relazione finale sull'indagine settoriale sul commercio elettronico" (COM(2017) 229 final), 10 maggio 2017; sezione 4.4.

¹¹⁶ Sentenza nella causa C-230/16, *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH* ECLI:EU:C:2017:941, punti 64-69.

¹¹⁷ Sentenza nella causa C-230/16, *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH* ECLI:EU:C:2017:941, punti 52-54.

- (318) La parte restante della presente sezione fornisce orientamenti per la valutazione delle restrizioni sul ricorso ai mercati online nei casi individuali in cui siano superate le soglie della quota di mercato del 30 %. I principi generali esposti nella sezione 8.1 forniscono il quadro pertinente per tale valutazione. Le restrizioni sul ricorso ai mercati online per le vendite in territori o a gruppi di clienti che sono riservati esclusivamente al fornitore o attribuiti esclusivamente ad altri distributori fanno parte di un sistema di distribuzione esclusiva e dovrebbero essere valutate unitamente a tale sistema.
- (319) Le restrizioni sul ricorso ai mercati online sono spesso imposte nei sistemi di distribuzione selettiva. La sezione 4.6.2 stabilisce i criteri in base ai quali un sistema di distribuzione selettiva non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, ossia quando i) la scelta dei rivenditori avviene secondo criteri oggettivi d'indole qualitativa, stabiliti indistintamente per tutti i potenziali rivenditori e applicati in modo non discriminatorio, ii) le caratteristiche dei beni o servizi oggetti del contratto richiedono, onde conservarne la qualità e garantirne l'uso corretto, una rete di distribuzione selettiva e iii) i criteri definiti non vanno oltre il limite del necessario¹¹⁸. Soprattutto nei casi in cui il fornitore non conclude un accordo con il mercato online e non è quindi in grado di garantire che il mercato soddisfi i suoi criteri di selezione, una restrizione o un divieto di utilizzo dei mercati online può soddisfare i criteri di cui sopra e quindi essere appropriato e non andare oltre il limite del necessario per conservare la qualità e garantire l'uso corretto dei beni o dei servizi oggetto del contratto. Tuttavia nei casi in cui un fornitore includa il gestore di un mercato online come distributore autorizzato nel suo sistema di distribuzione selettiva, limiti l'utilizzo dei mercati online da parte di alcuni distributori autorizzati ma non di altri o limiti l'utilizzo di un mercato online che viene tuttavia utilizzato per distribuire i beni o i servizi oggetto del contratto, è improbabile che le restrizioni sul ricorso a tali mercati online soddisfino i requisiti di adeguatezza e necessità.
- (320) Tra i possibili rischi per la concorrenza derivanti dalle restrizioni sul ricorso ai mercati online figurano una riduzione della concorrenza all'interno del marchio a livello di distribuzione e la preclusione dei distributori, in particolare quelli di piccole e medie dimensioni, nella misura in cui siano privati di un canale di vendita potenzialmente importante.
- (321) Per la valutazione dei possibili effetti anticoncorrenziali delle restrizioni sul ricorso ai mercati online è necessario innanzitutto valutare il grado di concorrenza tra marchi. Come indicato nella sezione 8.1.1 dei presenti orientamenti, una sufficiente concorrenza tra marchi può in linea di principio mitigare qualsiasi perdita di concorrenza all'interno del marchio. A tal fine la posizione di mercato del fornitore e dei suoi concorrenti dovrebbe essere presa in considerazione. In secondo luogo è necessario tenere conto del tipo e dell'ambito di applicazione delle restrizioni sul ricorso ai mercati online. Ad esempio un divieto di tutte le vendite tramite i mercati online è più restrittivo di una restrizione sul ricorso a particolari mercati online o di un obbligo di utilizzare solo i mercati che soddisfano determinati criteri qualitativi. In terzo luogo si dovrebbe prendere in considerazione l'importanza relativa dei mercati online ristretti come canale di vendita nel mercato del prodotto e geografico rilevanti. Infine è necessario tenere conto dell'effetto cumulativo di eventuali altre restrizioni alle vendite online o alla pubblicità imposte dal fornitore.

¹¹⁸ Cfr. la sentenza nella causa C-230/16, *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH*, ECLI:EU:C:2017:941, punti 24-36.

- (322) Come indicato nel paragrafo 314 dei presenti orientamenti, le restrizioni sul ricorso ai mercati online possono determinare vantaggi in termini di efficienza, in particolare legati alla garanzia della protezione del marchio o di un determinato livello di qualità del servizio o alla riduzione delle possibilità di contraffazione. Nella misura in cui le restrizioni non rientrino già nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, la valutazione deve considerare se è possibile ottenere tali vantaggi in termini di efficienza con strumenti meno restrittivi conformemente alle condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3. Ciò potrebbe verificarsi nel caso in cui il mercato online consenta ai rivenditori di creare il loro negozio di marca all'interno del mercato. È improbabile che le motivazioni relative alla qualità addotte dal fornitore soddisfino le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, se il fornitore stesso utilizza i mercati online oggetto delle restrizioni, se il fornitore impone la restrizione solo ad alcuni distributori ma non ad altri o se il gestore del mercato online è esso stesso un membro autorizzato del sistema di distribuzione selettiva.

8.2.4. *Restrizioni nell'uso di strumenti di confronto dei prezzi*

- (323) Gli strumenti di confronto dei prezzi, ad esempio i siti web e le app di confronto dei prezzi, consentono ai rivenditori di accrescere la loro visibilità e generare traffico per il loro sito web e permettono ai potenziali clienti di trovare rivenditori nonché confrontare diversi prodotti e offerte per lo stesso prodotto. Gli strumenti di confronto dei prezzi aumentano la trasparenza dei prezzi e intensificano la concorrenza sui prezzi tra i rivenditori all'interno del marchio e, potenzialmente, tra i diversi marchi.
- (324) A differenza dei mercati online, gli strumenti di confronto dei prezzi non offrono in genere funzionalità di vendita e di acquisto, quanto piuttosto reindirizzano i clienti al sito web del rivenditore, consentendo una transazione diretta tra il cliente e il rivenditore¹¹⁹. Gli strumenti di confronto dei prezzi non sono quindi un canale di vendita online distinto, bensì un canale pubblicitario online.
- (325) I fornitori possono decidere di limitare l'uso degli strumenti di confronto dei prezzi¹²⁰, ad esempio per proteggere la loro immagine del marchio, dato che questi si concentrano generalmente sul prezzo e potrebbero non consentire ai rivenditori di differenziarsi tra loro tramite altre caratteristiche, quali la gamma o la qualità dei beni o dei servizi oggetto del contratto. Tra le altre ragioni per limitare l'uso degli strumenti di confronto dei prezzi possono figurare la riduzione delle possibilità di contraffazione o la protezione dei modelli aziendali che si basano ad esempio sulla specializzazione o sulla qualità anziché sul prezzo.
- (326) Le restrizioni nell'uso di strumenti di confronto dei prezzi possono variare da un divieto diretto o indiretto a restrizioni basate su requisiti di qualità o requisiti per includere contenuti specifici nelle offerte pubblicizzate sullo strumento di confronto dei prezzi. Ad esempio una restrizione relativa alla comunicazione di informazioni sui prezzi agli strumenti di confronto dei prezzi, un requisito per ottenere l'autorizzazione del fornitore prima di utilizzare gli strumenti di confronto dei prezzi

¹¹⁹ Ai fini dei presenti orientamenti, gli strumenti di confronto dei prezzi si riferiscono a piattaforme online che non consentono agli utenti di concludere transazioni di acquisto sulla piattaforma. Le piattaforme che permettono agli utenti di concludere transazioni di acquisto sulla piattaforma sono considerate mercati online ai fini dei presenti orientamenti. Le restrizioni sul ricorso ai mercati online sono trattate nella sezione 8.2.3 dei presenti orientamenti.

¹²⁰ "Relazione finale sull'indagine settoriale sul commercio elettronico" (COM(2017) 229 final), 10 maggio 2017; sezione B.4.5.

o una restrizione nell'utilizzo del marchio del fornitore sugli strumenti di confronto dei prezzi può equivalere a un divieto indiretto nell'uso degli strumenti di confronto dei prezzi.

- (327) Le restrizioni nell'uso di strumenti di confronto dei prezzi possono aumentare i costi di ricerca dei consumatori e quindi indebolire la concorrenza sui prezzi al dettaglio. Come per altre restrizioni relative alla pubblicità online, le restrizioni alla capacità dell'acquirente di utilizzare strumenti di confronto dei prezzi possono limitare l'acquirente nella vendita ai clienti che non sono ubicati nella sua zona di riferimento fisica e che intendono acquistare online. Il divieto dell'uso di strumenti di confronto dei prezzi in un accordo verticale limita la capacità dell'acquirente di rivolgersi ai potenziali clienti, informarli in merito alla sua offerta e indirizzarli al proprio sito web. Nella misura in cui l'uso di strumenti di confronto dei prezzi non è, in quanto tale, una forma mirata di pubblicità, come enunciato al paragrafo 200 dei presenti orientamenti, il divieto dell'uso di strumenti di confronto dei prezzi come canale pubblicitario online è in grado di limitare le vendite passive ai clienti che intendono acquistare online e che non sono ubicati nella zona di riferimento fisica del distributore e costituisce una restrizione fondamentale ai sensi dell'articolo 4, lettere da b) a d), VBER. In tal caso i principali possibili effetti sulla concorrenza sono la compartimentazione del mercato, che può facilitare la discriminazione di prezzo, e la riduzione della concorrenza all'interno del marchio. Per contro, se la restrizione è limitata all'uso di strumenti di confronto dei prezzi per rivolgersi a clienti in un territorio o a un gruppo di clienti riservato esclusivamente al fornitore o attribuito esclusivamente ad altri distributori (distribuzione esclusiva), ad esempio perché lo strumento di confronto dei prezzi è in una lingua o ha un nome di dominio non comunemente utilizzati nel territorio in cui l'acquirente è stabilito, la restrizione rientrerebbe nell'eccezione di cui all'articolo 4, lettera b), punto i), VBER.
- (328) Le restrizioni nell'uso di strumenti di confronto dei prezzi che non vietano direttamente o indirettamente il loro utilizzo, ad esempio i requisiti secondo cui gli strumenti di confronto dei prezzi devono soddisfare determinati standard qualitativi, non limitano le vendite ai clienti in un territorio specifico o a un gruppo di clienti specifico, bensì determinano le modalità di vendita e quindi beneficiano dell'esenzione per categoria di cui al VBER. Le indicazioni seguenti sono fornite per la valutazione di tali restrizioni, qualora il VBER non si applichi.
- (329) Le restrizioni nell'uso di strumenti di confronto dei prezzi sono spesso imposte nei sistemi di distribuzione selettiva. La sezione 4.6.2 dei presenti orientamenti stabilisce i criteri in base ai quali un sistema di distribuzione selettiva non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. Tuttavia è improbabile che il divieto dell'uso di strumenti di confronto dei prezzi sia appropriato o necessario per conservare la qualità o garantire l'uso corretto dei beni o dei servizi oggetto del contratto, poiché tali strumenti reindirizzano generalmente i potenziali clienti al sito web del distributore autorizzato per l'acquisto. Il fornitore è in grado di esercitare controllo sul sito web del distributore attraverso i propri criteri di selezione e imponendo requisiti nel suo accordo verticale con il distributore.
- (330) Le restrizioni nell'uso di strumenti di confronto dei prezzi che non vietano direttamente o indirettamente il loro utilizzo, ad esempio un requisito per utilizzare solo strumenti di confronto dei prezzi che soddisfano determinati standard qualitativi, possono, se non contemplati dal VBER, limitare significativamente la capacità dell'acquirente di utilizzare strumenti di confronto dei prezzi. In tali casi potrebbe essere necessario valutare se la restrizione determina effetti simili a quelli derivanti

dal divieto dell'uso di strumenti di confronto dei prezzi, ossia un danno ai consumatori che è costituito da un aumento dei costi di ricerca di questi ultimi e dall'indebolimento della concorrenza sui prezzi o la compartimentazione del mercato, che può facilitare la discriminazione di prezzo, determinando in ultima analisi un impatto sulla concorrenza tra marchi ed eventualmente anche all'interno del marchio. Tali restrizioni possono anche limitare la concorrenza all'interno del marchio, ad esempio quando un fornitore non impone le restrizioni a tutti i suoi distributori o quando il fornitore stesso utilizza gli strumenti di confronto dei prezzi oggetto della restrizione. Nella misura in cui sia impedito ai distributori di fare affidamento su un canale pubblicitario online potenzialmente significativo, essi eserciterebbero solo una pressione concorrenziale limitata sul fornitore o su qualsiasi altro distributore che non è sottoposto a tale restrizione.

- (331) I fattori pertinenti per la valutazione ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, includono la posizione di mercato del fornitore e dei suoi concorrenti; l'importanza degli strumenti di confronto dei prezzi come canale pubblicitario nel mercato del prodotto e geografico dei beni o dei servizi oggetto del contratto; il tipo e l'ambito di applicazione delle restrizioni e l'importanza relativa di qualsiasi strumento specifico di confronto dei prezzi il cui uso è limitato o vietato e se il fornitore impone anche restrizioni sulla capacità del distributore di utilizzare altre forme di pubblicità online. L'effetto cumulativo di qualsiasi altra restrizione di questo tipo insieme alla restrizione nell'uso di strumenti di confronto dei prezzi dovrebbe essere preso in considerazione.
- (332) Come indicato nel paragrafo 323 dei presenti orientamenti, le restrizioni nell'uso di strumenti di confronto dei prezzi possono determinare vantaggi in termini di efficienza, in particolare legati alla garanzia della protezione del marchio o di un determinato livello di qualità del servizio o alla riduzione delle possibilità di contraffazione. Conformemente alle condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, la valutazione deve considerare se tali vantaggi in termini di efficienza possono essere conseguiti anche con strumenti meno restrittivi. Ciò potrebbe verificarsi nel caso in cui lo strumento di confronto dei prezzi includa anche confronti o recensioni legate alla qualità dei beni o dei servizi in questione, il servizio clienti, l'affidabilità del distributore o altre caratteristiche relative alle offerte dei distributori. Qualsiasi valutazione delle motivazioni relative alla qualità ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, dovrebbe tenere conto del fatto che la vendita non avviene sullo strumento di confronto dei prezzi stesso, ma sul sito web del distributore che, sulla base dell'accordo di distribuzione concluso con il fornitore, dovrebbe soddisfare i requisiti di qualità del fornitore.

8.2.5. *Obblighi di parità*

- (333) Gli obblighi di parità, denominati anche clausole della nazione più favorita (clausole NPF) o accordi di parità tra piattaforme (*Across Platform Parity Agreement – APPA*), impongono a un fornitore di beni o servizi di offrire questi ultimi a un'altra parte, a condizioni che non siano meno favorevoli rispetto a quelle offerte dal fornitore a determinate altre parti o su determinati altri canali. Le condizioni possono riguardare prezzi, scorte, disponibilità o altri termini o condizioni di offerta o vendita. L'obbligo può essere espresso o applicato mediante altri strumenti diretti o indiretti, quali prezzi differenziati o altri incentivi o misure la cui applicazione dipende dalle condizioni alle quali il fornitore offre i propri beni o servizi a parti o su canali particolari.

- (334) Gli obblighi di parità imposti dai fornitori di servizi di intermediazione online (ad esempio mercati o strumenti di confronto dei prezzi) relativi alle condizioni alle quali i beni o i servizi sono offerti agli utenti finali (consumatori finali o altre imprese) sono generalmente indicati come obblighi di parità nella vendita al dettaglio. Affinché questo tipo di obbligo sia efficace, il fornitore di beni o servizi che accetta l'obbligo deve in genere essere in grado di controllare il prezzo e le altre condizioni alle quali i suoi beni o servizi sono offerti nei canali di vendita al dettaglio a cui l'obbligo si riferisce. I fornitori a monte di servizi di intermediazione online possono utilizzare obblighi di parità simili relativi alle condizioni alle quali i beni o i servizi sono offerti alle imprese diverse dagli utenti finali (ad esempio ai dettaglianti). Per quanto riguarda gli obblighi di parità utilizzati dagli acquirenti, tra questi figurano gli obblighi imposti da produttori, grossisti o dettaglianti relativi alle condizioni di acquisto degli input da parte dei fornitori.
- (335) Un'ulteriore distinzione riguarda i canali interessati dall'obbligo di parità. L'obbligo può riferirsi ai canali di vendita gestiti da un fornitore di beni o servizi (canali diretti), ai canali gestiti da terzi (canali indiretti) o a tutti i canali. Gli obblighi di parità che si riferiscono esclusivamente ai canali diretti sono spesso chiamati "ristretti", mentre quelli che si riferiscono a tutti i canali sono spesso denominati "ampi".
- (336) Ad eccezione degli obblighi di parità nella vendita al dettaglio tra piattaforme di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettera d), VBER, l'esenzione per categoria si applica a tutti i tipi di obblighi di parità negli accordi verticali, purché le quote di mercato del fornitore e dell'acquirente non superino il 30 %. Le indicazioni seguenti sono fornite per la valutazione degli obblighi di parità nella vendita al dettaglio tra piattaforme di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettera d), VBER e per altri tipi di obblighi di parità nei casi individuali al di sopra della soglia della quota di mercato.

8.2.5.1. Obblighi di parità nella vendita al dettaglio tra piattaforme

- (337) Gli obblighi di parità nella vendita al dettaglio che impediscono a un acquirente di servizi di intermediazione online di offrire, vendere o rivendere beni o servizi agli utenti finali a condizioni più favorevoli utilizzando servizi di intermediazione online concorrenti, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera d), VBER, hanno maggiori probabilità rispetto ad altri tipi di obblighi di parità di produrre effetti anticoncorrenziali netti. Gli obblighi di parità nella vendita al dettaglio tra piattaforme possono limitare la concorrenza nel modo seguente:
- (a) essi possono indebolire la concorrenza e agevolare la collusione tra i fornitori di servizi di intermediazione online. In particolare è più probabile che un fornitore che impone tale tipo di obbligo di parità possa aumentare il prezzo o ridurre la qualità dei suoi servizi di intermediazione senza perdere di quote di mercato. Indipendentemente dal prezzo o dalla qualità dei suoi servizi, i venditori di beni o servizi che scelgono di utilizzare la sua piattaforma sono obbligati a offrire condizioni al suo interno che siano almeno altrettanto buone quanto quelle offerte sulle piattaforme concorrenti;
 - (b) essi possono precludere ai nuovi o piccoli fornitori di servizi di intermediazione online l'ingresso o l'espansione, limitando la loro capacità di offrire agli acquirenti e agli utenti finali combinazioni prezzo-servizio differenziate.

- (338) Per la valutazione di questo tipo di obbligo di parità, i fattori fondamentali sono la quota di acquirenti di servizi di intermediazione online soggetti agli obblighi; il comportamento di *homing* degli acquirenti di servizi di intermediazione online e degli utenti finali (il numero di piattaforme di intermediazione che utilizzano); la posizione di mercato del fornitore che impone l'obbligo e dei suoi concorrenti; l'esistenza di barriere all'ingresso sul mercato rilevante dei servizi di intermediazione online e l'impatto delle vendite dirette da parte degli acquirenti dei servizi.
- (339) La quota di acquirenti di servizi di intermediazione online soggetti agli obblighi di parità e il comportamento di tali acquirenti sono importanti, in quanto possono indicare che gli obblighi di parità di un fornitore limitano la concorrenza per una quota di domanda che supera la quota di mercato del fornitore. Ad esempio un fornitore di servizi di intermediazione online può detenere una quota del 20 % del totale delle transazioni effettuate utilizzando tali servizi, ma gli acquirenti a cui impone gli obblighi di parità tra piattaforme possono, poiché utilizzano più piattaforme, rappresentare oltre il 50 % del totale delle transazioni concluse su piattaforma. In tale caso gli obblighi di parità del fornitore limitano la concorrenza per più della metà della domanda complessiva rilevante.
- (340) Gli acquirenti di servizi di intermediazione online ricorrono spesso al *multi-homing* per raggiungere i clienti che utilizzano solo una piattaforma e non passano da una piattaforma all'altra. Il *multi-homing* dell'acquirente è incentivato dai modelli aziendali delle piattaforme in cui l'acquirente deve pagare solo per l'utilizzo del servizio di intermediazione quando effettua una transazione. Come spiegato sopra, il *multi-homing* da parte degli acquirenti di servizi di intermediazione online può aumentare la quota della domanda complessiva di tali servizi che è interessata dagli obblighi di parità di un fornitore. In secondo luogo l'utilizzo di una sola piattaforma da parte degli utenti finali può indicare che ogni fornitore di servizi di intermediazione controlla l'accesso a un gruppo distinto di utenti finali. Ciò può aumentare il potere contrattuale del fornitore e la sua capacità di imporre obblighi di parità.
- (341) Gli effetti restrittivi degli obblighi di parità nella vendita al dettaglio tra piattaforme saranno generalmente più gravosi quando sono utilizzati da uno o più fornitori principali di servizi di intermediazione online. Se tali fornitori hanno un modello aziendale simile, è probabile che gli obblighi di parità riducano la portata della perturbazione del modello. Questo tipo di obbligo può anche consentire a un leader di mercato di mantenere la propria posizione nei confronti dei fornitori più piccoli.
- (342) I mercati per la fornitura di servizi di intermediazione online sono spesso caratterizzati da significative barriere all'ingresso e all'espansione, che possono aggravare gli effetti negativi degli obblighi di parità. Tali mercati presentano spesso effetti di rete indiretti positivi: i nuovi o piccoli fornitori di tali servizi hanno difficoltà ad attirare gli acquirenti perché le loro piattaforme forniscono accesso a un numero insufficiente di utenti finali. Nel caso in cui gli utenti finali siano consumatori finali, anche la fedeltà al marchio, l'utilizzo di una sola piattaforma e le strategie di *lock-in* dei fornitori di servizi di intermediazione esistenti possono creare barriere.
- (343) Gli acquirenti di servizi di intermediazione online possono inoltre vendere direttamente i loro beni o servizi agli utenti finali. Tali vendite dirette possono limitare la capacità dei fornitori di servizi di intermediazione online di aumentare il prezzo dei propri servizi. È quindi necessario valutare la quota delle vendite di beni o

servizi oggetto di intermediazione effettuate attraverso i canali diretti e indiretti e la fungibilità di tali canali dal punto di vista dei fornitori di beni o servizi e degli utenti finali.

- (344) Gli obblighi di parità nella vendita al dettaglio tra piattaforme possono produrre effetti restrittivi sensibili quando sono imposti agli acquirenti che rappresentano una quota significativa della domanda complessiva di servizi di intermediazione online pertinenti. Nel caso di un effetto cumulativo, gli effetti restrittivi saranno generalmente attribuiti solo agli obblighi di parità dei fornitori la cui quota di mercato supera il 5 %.
- (345) In linea di principio gli obblighi di parità nella vendita al dettaglio possono anche essere imposti dai dettaglianti in relazione alle condizioni a cui i beni o i servizi di un fornitore sono offerti agli utenti finali da parte dei dettaglianti concorrenti. Tuttavia, quando questo tipo di obbligo di parità si riferisce al prezzo, generalmente il fornitore di beni o servizi che accetta l'obbligo deve imporre prezzi minimi di rivendita ai dettaglianti concorrenti che sono soggetti all'obbligo. L'imposizione di prezzi di rivendita è una restrizione fondamentale ai sensi del VBER e una restrizione per oggetto ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1. Nei casi in cui le imprese siano in grado di attuare tali obblighi di parità nella vendita al dettaglio conformemente alle norme relative all'imposizione di prezzi minimi di rivendita, gli obblighi sono coperti dall'esenzione per categoria. Al di sopra della soglia della quota di mercato dell'esenzione per categoria, si applicano mutatis mutandis le indicazioni fornite nei punti da 337 a 344 dei presenti orientamenti.

8.2.5.2. Obblighi di parità nella vendita al dettaglio relativi ai canali di vendita diretta

- (346) Gli obblighi di parità nella vendita al dettaglio imposti dai fornitori di servizi di intermediazione online relativi alle condizioni alle quali gli acquirenti dei servizi possono offrire beni o servizi agli utenti finali sui loro canali di vendita diretta (parità "ristretta") impediscono che tali acquirenti inducano gli utenti finali a passare al canale diretto offrendo condizioni più favorevoli (*undercutting*). In determinate condizioni, in particolare quando la concorrenza per la fornitura di servizi di intermediazione online è limitata, gli obblighi di parità ristretti possono consentire ai fornitori di servizi di intermediazione online di mantenere un prezzo per i loro servizi più alto, determinando prezzi più elevati al dettaglio per i beni o i servizi oggetto di intermediazione su tutti i canali di vendita. Per la valutazione di questo tipo di restrizione, i fattori pertinenti devono tenere conto, tra l'altro, della posizione di mercato del fornitore che impone l'obbligo di parità, della dimensione relativa dei canali di vendita diretta soggetti all'obbligo, della fungibilità dei canali diretti e indiretti dal punto di vista dei fornitori di beni o servizi e degli utenti finali e se le restrizioni sono imposte da più fornitori di servizi di intermediazione (effetti cumulativi).
- (347) Inoltre, a determinate condizioni, gli obblighi di parità nella vendita al dettaglio relativi ai canali di vendita diretta possono indirettamente produrre effetti restrittivi equivalenti a quelli derivanti dagli obblighi di parità nella vendita al dettaglio tra piattaforme. In linea di principio un acquirente di servizi di intermediazione online che è soggetto a un obbligo di parità ristretto nella vendita al dettaglio può differenziare le sue offerte tra le piattaforme di intermediazione che utilizza (*multi-homing*). Tuttavia a tal fine deve offrire condizioni sui propri canali diretti che non siano più favorevoli di quelle offerte sulla piattaforma di intermediazione "più costosa" con cui ha un accordo di parità per i canali diretti. A seconda di fattori quali

la quota di vendite effettuate attraverso ciascun canale, i costi di utilizzo di ciascun canale e l'elasticità della domanda di beni o servizi oggetto di intermediazione attraverso i canali di vendita, gli incentivi possono non essere sufficienti affinché gli acquirenti e i fornitori di servizi di intermediazione online siano disposti ad accettare compromessi per quanto riguarda il prezzo di tali servizi e le condizioni alle quali i beni o i servizi sono venduti attraverso il servizio. È in genere più probabile che si ottenga tale risultato quando una quota significativa delle vendite avviene attraverso il canale diretto e gli obblighi di parità nella vendita al dettaglio relativi ai canali diretti sono imposti da più fornitori.

- (348) Gli obblighi di parità nella vendita al dettaglio imposti dai fornitori di servizi di intermediazione online relativi ai canali di vendita diretta possono produrre effetti restrittivi sensibili, laddove gli acquirenti che rappresentano una quota significativa della domanda complessiva dei servizi di intermediazione online siano soggetti a tali obblighi o agli obblighi di parità nella vendita al dettaglio tra piattaforme. La Commissione o un'autorità nazionale garante della concorrenza potrebbero dovere effettuare una valutazione simile, in seguito a una valutazione della revoca del VBER, qualora le quote di mercato dei fornitori rilevanti siano inferiori alla soglia del 30 %.

8.2.5.3. Obblighi di parità relativi a condizioni non legate al commercio al dettaglio

- (349) Gli obblighi di parità imposti dai fornitori a monte di servizi di intermediazione online relativi alle condizioni alle quali i beni o i servizi sono offerti alle imprese che non sono utenti finali sono coperti dall'esenzione per categoria. Questo tipo di obbligo è in grado di disincentivare la concorrenza tra i fornitori di servizi di intermediazione online allo stesso modo degli obblighi di parità nella vendita al dettaglio e quindi le indicazioni fornite nei punti da 337 a 348 dei presenti orientamenti rimangono pertinenti. Ciò vale in particolare qualora non esista una differenza significativa tra i prezzi o non vi siano altre condizioni alle quali i beni o i servizi oggetto di intermediazione sono offerti a monte e a livello del commercio al dettaglio, come nel caso in cui l'intermediazione riguardi beni o servizi finali¹²¹. Tuttavia per valutare questo tipo di obbligo di parità è necessario prendere anche in considerazione le condizioni di concorrenza a valle, ossia tra le imprese che acquistano i beni o i servizi oggetto di intermediazione.
- (350) Per contro gli obblighi di parità relativi alle condizioni di acquisto di beni o servizi come input da parte di produttori, grossisti o dettaglianti non influiscono direttamente sulle condizioni alle quali tali imprese concorrono a valle. È pertanto meno probabile che le indicazioni fornite per la valutazione degli obblighi di parità nella vendita al dettaglio siano pertinenti. Il problema principale associato agli obblighi di parità relativi alle condizioni alle quali i beni o i servizi sono acquistati come input è che possano ridurre gli incentivi dei fornitori di input a concorrere e quindi aumentare i prezzi degli input. I fattori pertinenti per la valutazione includono la dimensione relativa e il potere di mercato del fornitore e dell'acquirente che decidono l'obbligo di parità, la quota del mercato rilevante soggetta a obblighi simili e il costo dell'input in questione rispetto ai costi totali degli acquirenti.

¹²¹ In alcuni casi l'obbligo di parità può riferirsi a condizioni offerte sia a monte sia a livello del commercio al dettaglio.

8.2.5.4. Valutazione ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3

- (351) Laddove gli obblighi di parità producano effetti restrittivi sensibili, le possibili motivazioni relative all'efficienza devono essere valutate ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3. Nella maggior parte dei casi l'utilizzo di tali obblighi da parte dei fornitori di servizi di intermediazione online è giustificato dalla necessità di affrontare un problema di parassitismo. Ad esempio i fornitori potrebbero non essere incentivati a investire nello sviluppo della propria piattaforma, nei servizi pre-vendita o nella promozione per incrementare la domanda, se i benefici di tali investimenti in termini di aumento delle vendite vanno a piattaforme concorrenti o a canali di vendita diretta che possono offrire gli stessi beni o servizi a condizioni più favorevoli.
- (352) I fattori pertinenti devono tenere conto, tra l'altro, se gli investimenti del fornitore di servizi di intermediazione online producono benefici oggettivi, ossia se comportano un valore aggiunto per i consumatori, se il rischio di parassitismo è reale e considerevole e se il tipo e la portata particolari dell'obbligo di parità sono indispensabili per conseguire i benefici oggettivi. Il probabile livello di parassitismo deve essere tale da influire in modo significativo sugli incentivi a investire nel servizio di intermediazione online. La prova della misura in cui gli utenti dei servizi di intermediazione ricorrono al *multi-homing* è particolarmente rilevante, sebbene sia anche necessario esaminare se il loro comportamento è influenzato dagli effetti degli obblighi di parità. Se il fornitore di servizi di intermediazione online o i suoi concorrenti operano in altri mercati comparabili utilizzando obblighi meno restrittivi o senza obblighi di parità, ciò può indicare che gli obblighi non sono indispensabili. Nei casi in cui l'offerta di servizi di intermediazione online sia estremamente concentrata e presenti barriere significative all'ingresso, la necessità di proteggere la concorrenza residua può superare gli eventuali vantaggi in termini di efficienza. Altre motivazioni relative ai benefici generali forniti dalle piattaforme di transazione, come la messa in comune delle spese promozionali dei fornitori, la maggiore trasparenza dei prezzi o la riduzione dei costi di transazione, soddisfano le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, solo se il fornitore di servizi di intermediazione online può dimostrare un nesso di causalità diretto tra il beneficio richiesto e l'utilizzo del particolare tipo di obbligo di parità.
- (353) In linea generale è più probabile che gli obblighi di parità nella vendita al dettaglio relativi ai canali di vendita diretta soddisfino le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3. Ciò è dovuto principalmente al fatto che i loro effetti restrittivi sono in genere meno gravi di quelli derivanti dagli obblighi di parità tra piattaforme e quindi è più probabile che siano compensati dai vantaggi in termini di efficienza. Inoltre il rischio di parassitismo da parte dei fornitori di beni o servizi attraverso i loro canali di vendita diretta può essere più elevato, poiché generalmente tali fornitori guadagnano un margine unitario maggiore sulle vendite nel proprio canale diretto rispetto alle vendite indirette.

8.2.6. *Pagamenti anticipati per l'accesso*

- (354) I pagamenti anticipati per l'accesso sono commissioni fisse che i fornitori pagano ai distributori, nell'ambito di una relazione verticale, all'inizio di un periodo di riferimento per ottenere accesso alla loro rete di distribuzione e per remunerare i servizi forniti ai fornitori dai dettaglianti. Tale categoria comprende pratiche diverse

come l'applicazione di commissioni per garantire la presenza del prodotto¹²², le cosiddette "pay-to-stay fees"¹²³, i pagamenti per avere accesso alle campagne promozionali del distributore ecc. La presente sezione fornisce indicazioni per la valutazione dei pagamenti anticipati per l'accesso nei casi individuali al di sopra della soglia della quota di mercato di cui all'articolo 3 VBER.

- (355) I pagamenti anticipati per l'accesso possono determinare a volte una preclusione anticoncorrenziale nei confronti di altri distributori. Ad esempio commissioni elevate possono incentivare un fornitore a portare un volume considerevole delle proprie vendite sul mercato attraverso un unico distributore o un numero limitato di distributori in modo da coprire i costi delle commissioni. In questo caso i pagamenti anticipati per l'accesso possono avere lo stesso effetto di preclusione a valle di un obbligo di fornitura esclusiva. Per valutare la probabilità che insorga questo tipo di effetto negativo, si possono applicare per analogia le indicazioni relative agli obblighi di fornitura esclusiva (in particolare i punti 305-310).
- (356) In via eccezionale i pagamenti anticipati per l'accesso possono anche determinare effetti di preclusione anticoncorrenziale a monte. Ad esempio se il distributore gode di una posizione contrattuale forte o il ricorso ai pagamenti anticipati per l'accesso è diffuso, tali pagamenti possono aumentare le barriere all'ingresso per i piccoli fornitori. Per valutare la probabilità che insorga questo tipo di effetto negativo, si possono applicare per analogia le indicazioni relative al monomarchismo (in particolare i punti da 284 a 293 dei presenti orientamenti). La valutazione deve anche prendere in considerazione se il distributore in questione vende prodotti concorrenti con il proprio marchio. In tale caso possono anche sorgere questioni orizzontali, con la conseguenza che l'esenzione per categoria non si applica ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 4, VBER (cfr. la sezione 4.4.3. dei presenti orientamenti).
- (357) Oltre a provocare eventuali effetti di preclusione, i pagamenti anticipati per l'accesso possono indebolire la concorrenza e agevolare la collusione tra distributori. È probabile che i pagamenti anticipati per l'accesso aumentino il prezzo applicato dal fornitore per i prodotti oggetto del contratto, poiché il fornitore deve coprire la spesa di tali pagamenti. Prezzi di fornitura più elevati possono ridurre l'incentivo dei dettaglianti a concorrere a livello dei prezzi sul mercato a valle, mentre i profitti dei distributori aumentano grazie ai pagamenti per l'accesso. Tale riduzione della concorrenza tra distributori attraverso l'uso cumulativo di pagamenti anticipati per l'accesso richiede di norma che il mercato della distribuzione sia estremamente concentrato.
- (358) Tuttavia l'utilizzo di pagamenti anticipati per l'accesso può in molti casi contribuire ad una distribuzione efficiente dello spazio sugli scaffali per i nuovi prodotti. Quando i fornitori lanciano nuovi prodotti, i distributori dispongono spesso di informazioni minori rispetto al fornitore in merito alla probabilità di successo del nuovo prodotto e di conseguenza le quantità del prodotto tenute in magazzino possono essere subottimali. I pagamenti anticipati per l'accesso possono essere usati per ridurre tale asimmetria di informazioni tra i fornitori ed i distributori permettendo esplicitamente ai fornitori di competere per lo spazio sugli scaffali. Il distributore può dunque essere informato preventivamente in merito a quale dei prodotti ha maggiori possibilità di

¹²² Commissioni fisse che i produttori pagano ai dettaglianti per avere accesso al loro spazio sugli scaffali.

¹²³ Pagamenti forfetari effettuati per garantire la presenza continuata di un prodotto esistente sugli scaffali per un ulteriore periodo di tempo.

successo in quanto un fornitore accetterà di norma un pagamento iniziale per l'accesso solo se considera scarsa la probabilità di insuccesso del lancio del prodotto.

- (359) Inoltre, a causa dell'asimmetria di informazioni al punto precedente, i fornitori possono essere incentivati ad avvantaggiarsi degli sforzi promozionali dei distributori per introdurre prodotti subottimali. Se un prodotto non ha successo, i distributori pagheranno parte dei costi di tale fallimento. Il ricorso a pagamenti anticipati per l'accesso può impedire un parassitismo di questo genere, rispostando il rischio di insuccesso dei prodotti sui fornitori e contribuendo quindi ad un tasso ottimale di lancio di nuovi prodotti.

8.2.7. *Accordi di gestione per categoria*

- (360) Gli accordi di gestione per categoria sono accordi mediante i quali, nell'ambito di un accordo di distribuzione, il distributore affida al fornitore (il cosiddetto "capitano di categoria") la commercializzazione di una categoria di prodotti, ivi compresi, in generale, non solo i prodotti del fornitore ma anche i prodotti dei suoi concorrenti. Il capitano di categoria può pertanto avere un'influenza, ad esempio, sul posizionamento e sulla promozione dei prodotti nel punto vendita e sulla selezione dei prodotti per il punto vendita. Gli accordi di gestione per categoria beneficiano dell'esenzione per categoria quando sia la quota di mercato del fornitore che quella dell'acquirente non superano il 30 % e a condizione che tale accordo non comprenda restrizioni fondamentali, ad esempio restrizioni della facoltà dell'acquirente di determinare il proprio prezzo di vendita ai sensi dell'articolo 4, lettera a), VBER.
- (361) Nella maggior parte dei casi, gli accordi di gestione per categoria non sollevano questioni ai sensi dell'articolo 101. Tuttavia possono talvolta falsare la concorrenza tra fornitori e determinare la preclusione anticoncorrenziale nei confronti di altri fornitori se il capitano di categoria è in grado, grazie alla sua influenza sulle decisioni di commercializzazione del distributore, di limitare o danneggiare la distribuzione dei prodotti di fornitori concorrenti.
- (362) In linea generale i distributori non avranno interesse a limitare la propria scelta di prodotti. Tuttavia essi possono anche essere incentivati a precludere il mercato a determinati fornitori, in particolare quando il distributore vende anche prodotti concorrenti con il proprio marchio. Per valutare la probabilità che insorga un tale effetto di preclusione anticoncorrenziale, si possono applicare per analogia le indicazioni relative al monomarchismo (in particolare i punti da 284 a 293 dei presenti orientamenti). In particolare tale valutazione deve prendere in considerazione, da un lato, la copertura del mercato degli accordi di gestione per categoria e l'eventuale uso cumulativo di tali accordi e, dall'altro, la posizione di mercato dei fornitori concorrenti e del distributore.
- (363) Inoltre gli accordi di gestione per categoria possono agevolare la collusione tra i distributori quando lo stesso fornitore agisce come capitano di categoria per tutti o per la maggior parte dei distributori che competono su un mercato ed offre a tali distributori un punto di riferimento comune per le loro decisioni di commercializzazione.
- (364) La gestione per categoria può agevolare anche la collusione tra fornitori a causa delle maggiori opportunità di scambiare informazioni di mercato delicate attraverso i dettaglianti, come ad esempio le informazioni relative alla futura fissazione dei prezzi, a piani promozionali o a campagne pubblicitarie. Il VBER non disciplina tali

scambi diretti di informazioni tra concorrenti, cfr. il punto 83 dei presenti orientamenti.

- (365) Tuttavia l'utilizzo di accordi di gestione per categoria può anche creare vantaggi in termini di efficienza. Gli accordi di gestione per categoria possono permettere ai distributori di avere accesso alle conoscenze di marketing del fornitore per un determinato gruppo di prodotti e di realizzare economie di scala poiché garantiscono che la quantità ottimale di prodotti venga presentata sugli scaffali in modo tempestivo e diretto. In generale, quanto maggiore è la concorrenza tra marchi e quanto minori sono i costi che i consumatori devono sostenere per passare ad altri prodotti, tanto maggiori sono i vantaggi economici realizzati mediante la gestione per categoria.

8.2.8. *Vendita abbinata*

- (366) Per "vendita abbinata" si intendono le situazioni in cui i clienti che acquistano un prodotto (il prodotto principale) devono acquistare anche un altro prodotto distinto (il prodotto abbinato) dallo stesso fornitore o da qualcuno designato da quest'ultimo. La vendita abbinata può essere considerata abusiva ai sensi dell'articolo 102 del trattato¹²⁴. La vendita abbinata può anche costituire una restrizione verticale ai sensi dell'articolo 101, se si traduce in un obbligo che rientra nella categoria "monomarchismo" (cfr. i punti da 281 a 302 dei presenti orientamenti) riguardante il bene o servizio abbinato. I presenti orientamenti si applicano solo a quest'ultima fattispecie.
- (367) Il fatto che i prodotti vengano considerati distinti dipende dalla domanda dei clienti. Due prodotti sono distinti se, in assenza di vendite abbinate, un numero considerevole di clienti acquisterebbe o avrebbe acquistato il prodotto principale senza comperare anche il prodotto abbinato dallo stesso fornitore, permettendo quindi una produzione autonoma sia per il prodotto principale che per il prodotto abbinato¹²⁵. La prova che due prodotti sono distinti potrebbe includere prove dirette del fatto che, se hanno la scelta, i clienti acquistano il prodotto principale e il prodotto abbinato separatamente da diverse fonti, o prove indirette, come la presenza sul mercato di imprese specializzate nella produzione o nella vendita del prodotto abbinato senza il prodotto principale¹²⁶, o prove che indicano che le imprese con scarso potere di mercato, in particolare su mercati competitivi, tendono a non abbinare o aggregare tali prodotti. Ad esempio, dato che i clienti desiderano acquistare le scarpe con i lacci e per i distributori non è fattibile mettere alle scarpe nuove lacci scelti dai clienti, è diventato parte degli usi commerciali fornire le scarpe con i lacci. La vendita di scarpe con i lacci non costituisce quindi una vendita abbinata.
- (368) La vendita abbinata può produrre effetti di preclusione anticoncorrenziale nel mercato del prodotto abbinato, del prodotto principale o di entrambi al tempo stesso. Il prodursi di un effetto di preclusione dipende dalla quota delle vendite complessive sul mercato del prodotto abbinato che si trova ad essere vincolata. Per gli elementi da

¹²⁴ Sentenza nella causa C-333/94, *P Tetrapak/Commissione*, EU:C:1996:436, punto 37. Cfr. anche la comunicazione della Commissione "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti" (GU C 45 del 24.2.2009, pag. 7).

¹²⁵ Sentenza nella causa T-201/04, *Microsoft/Commissione*, EU:T:2007:289, punti 917, 921 e 922.

¹²⁶ Sentenza nella causa T-30/89, *Hilti/Commissione*, EU:T:1991:70, punto 67.

prendere in considerazione per stabilire la portata dell'effetto di preclusione ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, si veda l'analisi elaborata per il monomarchismo. La vendita abbinata implica almeno una certa pressione sui quantitativi esercitata sull'acquirente del prodotto abbinato. Se viene stipulato inoltre un obbligo di non concorrenza relativo al prodotto abbinato, l'eventuale effetto di preclusione sul mercato di detto prodotto si accresce. La vendita abbinata può determinare una minore concorrenza per i clienti interessati all'acquisto del prodotto abbinato ma non del prodotto principale. Se non vi è un numero sufficiente di clienti disposti ad acquistare soltanto il prodotto abbinato per sostenere i concorrenti del fornitore nel mercato abbinato, la vendita abbinata può provocare prezzi più elevati per tali clienti. Se il prodotto abbinato è un prodotto complementare importante per i clienti del prodotto principale, una diminuzione dei fornitori alternativi del prodotto abbinato - e dunque una disponibilità ridotta di tale prodotto - può rendere più difficile un ingresso limitato al mercato del prodotto principale.

- (369) La vendita abbinata può anche portare direttamente a prezzi superiori al livello concorrenziale, soprattutto in tre situazioni. In primo luogo, se il prodotto principale e il prodotto abbinato possono essere utilizzati in proporzioni variabili come fattori del processo di produzione, i clienti possono reagire ad un aumento di prezzo del prodotto principale aumentando la loro domanda del prodotto abbinato riducendo la domanda del prodotto principale. Praticando una vendita abbinata dei due prodotti il fornitore può cercare di evitare questa sostituzione e di conseguenza essere in grado di aumentare i prezzi. In secondo luogo, quando la vendita abbinata consente una discriminazione di prezzo secondo l'uso che il cliente fa del prodotto principale, ad esempio l'abbinamento delle cartucce d'inchiostro alla vendita di fotocopiatrici (razionamento). In terzo luogo, quando in caso di contratti di lunga durata o di mercati secondari relativi a prodotti assemblati aventi una frequenza di sostituzione bassa, diventa difficile per gli acquirenti calcolare le conseguenze dell'abbinamento.
- (370) La vendita abbinata beneficia dell'esenzione per categoria quando la quota di mercato del fornitore, sia sul mercato del prodotto abbinato che su quello del prodotto principale, e la quota di mercato dell'acquirente, sui mercati rilevanti a monte, non eccedono il 30 %. Essa può essere combinata con altre restrizioni verticali non fondamentali quali un obbligo di non concorrenza o una pressione sui quantitativi del prodotto principale o l'approvvigionamento esclusivo. La parte restante della presente sezione fornisce orientamenti per la valutazione delle vendite abbinate nei casi individuali che superano la soglia della quota di mercato.
- (371) La posizione di mercato del fornitore sul mercato del prodotto principale è ovviamente di decisiva importanza per valutare i possibili effetti anticoncorrenziali. In generale questo tipo di accordo viene imposto dal fornitore. L'importanza del fornitore sul mercato del prodotto principale è la principale ragione per la quale può essere difficile per un acquirente rifiutare l'obbligo di abbinamento.
- (372) La posizione di mercato dei suoi concorrenti è importante per valutare il potere di mercato del fornitore sul mercato del prodotto principale. Finché i concorrenti sono sufficientemente numerosi e forti non c'è da attendersi alcun effetto anticoncorrenziale, dato che gli acquirenti hanno sufficienti possibilità di procurarsi il prodotto principale senza quello abbinato, a meno che anche altri fornitori pratichino lo stesso abbinamento. Inoltre sono pertinenti per stabilire la posizione di mercato del fornitore anche le barriere all'ingresso sul mercato del prodotto principale. Se la vendita abbinata è combinata con un obbligo di non concorrenza

relativo al prodotto principale, la posizione del fornitore ne viene notevolmente rafforzata.

- (373) Il potere d'acquisto è importante in quanto acquirenti forti non possono essere facilmente costretti ad accettare l'abbinamento senza beneficiare anch'essi, almeno in parte, degli eventuali vantaggi in termini di efficienza. La vendita abbinata non fondata su motivi di efficienza rischia quindi di verificarsi soprattutto quando gli acquirenti non detengono un potere d'acquisto significativo.
- (374) Qualora venga riscontrata l'esistenza di sensibili effetti anticoncorrenziali, sussiste la possibilità che siano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3. Obbligazioni in materia di vendite abbinate possono contribuire a migliorare l'efficienza attraverso la produzione o la distribuzione congiunta dei prodotti abbinati. Se il prodotto abbinato non è fabbricato dal fornitore, può esservi un beneficio derivante dalla possibilità per quest'ultimo di acquistare il prodotto abbinato in grandi quantitativi. Affinché la vendita abbinata soddisfi le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, si dovrà tuttavia dimostrare che almeno una parte di tali riduzioni dei costi viene trasferita al consumatore, il che di norma non avviene se il dettagliante è in grado di ottenere con regolarità forniture dei medesimi prodotti o di prodotti equivalenti a condizioni analoghe o migliori di quelle offerte dal fornitore che applica la vendita abbinata. La vendita abbinata può produrre un beneficio anche quando contribuisce ad assicurare una certa uniformità e standardizzazione della qualità (cfr. il punto 14, lettera h)). Si dovrà dimostrare tuttavia che gli effetti positivi non possono essere conseguiti con pari efficienza imponendo all'acquirente di utilizzare o rivendere beni che soddisfino determinati standard minimi di qualità, piuttosto che costringendolo ad acquistare tali beni dal fornitore o da un terzo designato dal fornitore. I requisiti relativi agli standard qualitativi minimi non rientrano di norma nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. Qualora il fornitore del prodotto principale imponga all'acquirente i fornitori presso i quali esso deve acquistare il prodotto abbinato, ad esempio perché è impossibile formulare standard qualitativi minimi, è possibile che anche tale pratica esuli dall'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, in particolare se il fornitore del prodotto principale non ottiene un vantaggio (finanziario) diretto dalla designazione dei fornitori del prodotto abbinato.